2. NOMBRAMIENTO DE AUDITORES DE CUENTAS Y EXPERTOS INDEPENDIENTES

Resolución de 17 de enero de 2013 (1.ª)

En el expediente 22/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gestión Hostelera Pozuelo, S.L.».

HECHOS

I

D. ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Pejanda, S.A.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 13 de febrero de 2012 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 «Gestión Hostelera Pozuelo, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador mancomunado, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que se trata de una sociedad no obligada legalmente a auditar sus cuentas y que el artículo 14 de los «estatutos sociales» establece que el nombramiento de auditor compete únicamente a la Junta General a solicitud de alguno de los socios. La sociedad solicitante no lo ha propuesto, estando a la espera de que lo haga en la próxima Junta General que ya ha sido convocada para el próximo 5 de marzo de 2012. 2.º) Que siempre se ha facilitado al administrador único de la sociedad solicitante, toda la documentación fiscal y contable sin que a día de hoy se hayan sometido a su aprobación las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011, lo que se hará dentro del plazo legalmente establecido para ello. Por último, indica el oponente que la sociedad carece de tesorería para hacer frente al elevado costo que supone una auditoría.

III

La Registradora Mercantil número I de Madrid, con fecha 24 de febrero de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que la compañía solicitante

reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que el escrito de oposición lo firma don ….., alegando su condición de administrador mancomunado de la sociedad, sin embargo no está legitimado para representarla por sí, por lo que no procede admitir la oposición al nombramiento de auditor al no ser planteada por la sociedad. No obstante, y dado que el Registrador Mercantil viene obligado a resolver sobre el fondo de la cuestión, entrando en todas las cuestiones que se deriven del expediente, incluso en los casos en que la sociedad no se oponga, calificando a la vista de los datos que constan en el Registro, se procede a examinar si procede o no la designación del auditor solicitado. Respecto a la alegación de ser una sociedad no obligada a auditar sus cuentas, este es precisamente el supuesto que contempla el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, que las sociedades no obligadas pasan a estarlo cuando lo solicitan socios que reúnen al menos, el cinco por ciento del capital social. El hecho de que los Estatutos Sociales contemplen la competencia de la Junta General para el nombramiento de los auditores no se discute, siendo precisamente dicho órgano el encargado de designar auditor de cuentas cuando la sociedad está obligada a someter sus cuentas a revisión contable, pero ello no impide el derecho del socio con, al menos el cinco por ciento del capital social, a solicitar el nombramiento de auditor por el Registro Mercantil, derecho que solo se vería enervado si se acreditara por la sociedad haber designado auditor de cuentas para el ejercicio solicitado con anterioridad a la entrada de la solicitud en el Registro. Con independencia de que la sociedad nunca haya negado información al solicitante, el derecho que tienen los socios a solicitar auditor de cuentas 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 que, aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. La manifestación de que a día de hoy no se ha sometido a aprobación de la Junta de Socios las cuentas anuales, en nada enerva el derecho del socio a la auditoría. Tanto el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital como el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, establecen que la solicitud debe presentarse dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social y con la presentación de la misma se inicia el trámite previsto en los artículos 354 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, siendo precisamente una de las principales funciones del informe de auditoría que se pueda disponer de él con anterioridad a la Junta que deba aprobar o no las cuentas, con el fin de que los socios puedan disponer de mayores elementos de juicio a la hora de emitir su voto. Por último, respecto a la mala situación económica de la sociedad y el gran quebranto económico que la auditoría provocaría, no pueden enervar la pretensión del solicitante, pues el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es taxativo –sin que quepa margen interpretativo alguno– tanto al fijar las condiciones para su ejercicio como al disponer que los gastos que origina la auditoría han de correr a cargo de la sociedad.

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 reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadieron: 1.º) Que la sociedad ya celebró su Junta general el 5 de marzo de 2012, en la que el socio solicitante no ha hecho mención alguna a su solicitud de auditoría de cuentas del ejercicio 2011. 2.º) Que se puso en conocimiento de los socios la situación de falta de liquidez de la empresa y se solicitó la posibilidad de adelantar fondos, a lo que se negó el representante de la entidad mercantil peticionaria del nombramiento. 3.º) Que sobre el fun-

damento de derecho número Cuarto del acuerdo recurrido en el que la registradora manifiesta que una de las funciones del informe de auditoría es la de facilitar a los socios una información veraz de las cuentas antes de que se celebre la Junta general que debe aprobarlas, cabe señalar en contra de lo mantenido en dicho acuerdo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de octubre 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, 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 esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la primera cuestión plateada en el escrito de oposición, cabe señalar que los Estatutos sociales no impiden, en ningún caso, que el socio pueda ejercitar un derecho reconocido en la Ley si reúne las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que reconoce el derecho de la minoría de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas.

2.º Por lo que se refiere a la conveniencia de que los socios dispongan antes de la celebración de la Junta del informe de auditoría, como señaló acertadamente la Registradora Mercantil, implica que antes de adoptar su decisión sobre aprobar o no las cuentas presentadas por los administradores, los socios deben poder consultar no solo los documentos contables, sino también el informe realizado por un auditor de cuentas sobre como se ha llevado la contabilidad social y sobre si ésta refleja o no la situación patrimonial y financiera de la empresa, razón por la cual este Centro Directivo ha mantenido la conveniencia de que éste se encuentre a disposición de los socios antes de la celebración de dicha Asamblea general. Lo que debe entenderse sin perjuicio de las otras muchas funciones que cumple el citado informe de verificación de las cuentas anuales.

3.º Al hilo del fundamento jurídico anterior, cabe señalar que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

4. Por último, se ha de señalar que el motivo de oposición relativo a las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, tampoco puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Como ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….. y don ….., administradores mancomunados de «Gestión Hostelera Pozuelo de Alarcón, S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número I de Madrid 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, 17 enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil número I de Madrid.

Resolución de 17 de enero de 2013 (2.ª)

En el expediente 33/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Transportes Castiñeiras, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de A Coruña, el 17 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 «Transportes Castiñeiras, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, su representante Doña María Benedicto Castiñeira García, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que las cuentas del referido ejercicio han sido ya auditadas por un experto independiente nombrado por el registro Mercantil el 15 de diciembre de 2011. Por tanto concurre el presupuesto esencial para entender improcedente el nombramiento de auditor solicitado por la minoría. 2.º) Que, además de lo anterior, el auditor nombrado por el Registro Mercantil, Doña María José Rodríguez Fuentes, ya había emitido el informe de auditoría, para lo cual el auditor de cuentas revisó toda la contabilidad social de la empresa. 3.º) Que, en atención a lo expuesto no se cumple ya la ratio del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, dado que trata de asegurar la verificación contable por un experto independiente y la entrega de su informe al socio minoritario, lo cual ya ha tenido lugar. 3.º) Que se ha producido un ejercicio abusivo por parte del socio minoritario del derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital. 4.º) Que la sociedad acaba de ultimar un proceso de refinanciación al amparo de la Disposición adicional 4.ª de la Ley Concursal, causándole gran perjuicio económico incurrir en gastos reiterativos, como sería tener que pagar una nueva auditoría de cuentas del ejercicio 2011.

III

El Registrador Mercantil de A Coruña, con fecha 31 de enero de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo que el Registro Mercantil, con fecha 15 de Diciembre de 2011, a solicitud de la sociedad «Transportes Castiñeira, S.A.», nombró experto independiente a Doña María José Rodríguez Fuentes, para emitir opinión acerca del plan de viabilidad del proyecto de refinanciación al amparo de la Ley Concursal. Toda vez que tal opinión, con independencia del alcance de los trabajos a realizar no constituye auditoría formal de las cuentas del ejercicio 2011, no puede estimarse la alegación primera del escrito de oposición. En tal sentido doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 12 de marzo de 2001, entre otras. En cuanto al posible ejercicio abusivo del derecho que pueda hacer el socio, no siendo causa prevista en el ámbito del Registro Mercantil, no puede en esta fase obstaculizar tal derecho, por cuyo motivo se desestima la segunda alegación. Tampoco puede prosperar la tercera alegación, perjuicio económico a la sociedad, por las mismas razones antes alegadas, a saber, presupuesto legal o reglamentario para aceptar la oposición a la Sociedad. Por todas, Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de julio de 2003.

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 Disposición Adicional cuarta de la ley 38/2011, Concursal, 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 Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el registrador Mercantil de A Coruña que no hace sino reiterar la doctrina mantenida por este Centro Directivo. En efecto el derecho que el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de capital reconoce a los socios minoritarios que reúnan las condiciones de capital y tiempo exigidas, tiene por objeto la contabilidad social cerrada el ejercicio inmediatamente anterior a su petición y su finalidad es la de dar a conocer si esa contabilidad social refleja o no la realidad económico financiera de la empresa. Dicha auditoría de cuentas no puede ni debe confundirse con otras que cumplen diferentes finalidades como puede ser la de verificar el plan de refinanciación presentado por el deudor declarado en concurso de acreedores, para obtener la homologación del plan de refinanciación, conforme a lo previsto en la ley Concursal.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe del 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.* artículos 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 han de rechazar las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la auditoría que entiende son reiterativos e 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 Doña María Benedicto Castiñeira García, en nombre y

representación de «Transportes Castiñeiras, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de A Coruña de 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, 17 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 18 de enero de 2013 (1.ª)

En el expediente 37/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Infipack, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, 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 de más del 5% del capital social de «Infipack, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011. Adjuntaba a su escrito copia de la escritura de constitución de la sociedad, otorgada el 26 de octubre de 1994, ante el notario de Barberá del Vallés, D. Miguel Estellá Garballó; copia de la escritura de compraventa de participaciones sociales otorgada ante el notario de Cerdanyola del Vallés D. Teodoro López Cuesta Fernández, bajo el número 1247 de su protocolo; copia de la escritura recompraventa de participaciones sociales otorgada el 9 de febrero de 1998 ante el notario de Barcelona, don Joseph Maria Valls y Sufre.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta no presentó oposición al nombramiento solicitado por la minoría, en el plazo de 5 días previsto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil número XV de Barcelona, con fecha 6 de febrero de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Señaló que el solicitante reunía los dos requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, dado que según resulta de los documentos aportados y de los datos que constan en el Registro es titular de un número de participaciones equivalentes al 5% del capital social de la entidad mercantil, y además presentó su instancia dentro de los tres primeros meses del cierre del ejercicio cuya auditoría solicitó. En consecuencia procede acceder a lo solicitado.

IV

Contra dicha resolución la sociedad a través de su representante, don ….., presentó el 13 de marzo de 2012 un escrito recurriendo en alzada el anterior acuerdo y manteniendo no estar conforme con el mismo, por los motivos subyacentes en el peticionario, dado que el verdadero motivo de la instancia es el resentimiento y ánimo de venganza manifestado año tras año por el peticionario en sucesivas solicitudes.

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 una cuestión previa de carácter procedimental cuya determinación hace ocioso el examen de las restantes. Dicha cuestión no es otra que la relativa al plazo de interposición del recurso.

Según consta en el expediente remitido a este Centro Directivo por el Registrador Mercantil número XV de Barcelona, la resolución de 6 de febrero de 2012 fue notificada y decepcionada por la sociedad el 20 de febrero de 2012 y el recurso de alzada contra dicha resolución fue presentado en el Registro Mercantil de Barcelona el 13 de marzo del mismo año y, como quiera que el plazo para su interposición es el de quince días contados a partir del siguiente a su recepción, se ha de concluir que dicho recurso es extemporáneo, dado que el plazo venció, inexorablemente, el 7 de marzo de 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto Inadmitir el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de «Infipack, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XV de Barcelona el 6 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, 18 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XV de Barcelona.

Resolución de 18 de enero de 2013 (2.ª)

En el expediente 38/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Carmérida, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Badajoz, el 16 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 «Carmérida, 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 el 28 de diciembre de 2011 el administrador único de la compañía procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo don ….. que aceptó el encargo. 2.º) Que actualmente se están facilitando al auditor de cuentas la documentación pertinente para realizar el informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2011. 3.º) Que el solicitante conoce perfectamente esta designación y que los trabajos se están realizando, por lo que no se comprende el sentido de su instancia. En cualquier caso, la sociedad considera que es inconveniente duplicar gastos.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, con fecha 1 de marzo 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 Direc-

ción 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 documento aportado por la sociedad no contiene fecha fehaciente que permita determinar que el nombramiento voluntario es anterior a la petición del socio minoritario. Tampoco se ha puesto a disposición del socio el informe de auditoría por ninguno de los medios indicados.

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, conforme a las disposiciones legales vigentes no está obligada a auditar sus cuentas y que, por otra parte, la falta de inscripción del nombramiento de auditor de cuentas es un defecto subsanable.

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, el documento privado en el que consta el encargo de auditora y la aceptación de dicho encargo por parte del auditor designado carece de fecha fehaciente y por ello no permite determinar y conocer si dicho encargo de auditoría realizado por la administración social fue o no anterior a la presentación de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral *(cfr.* artículo 1227 del Código Civil). Como indicó el Registrador Mercantil, la sociedad tampoco ha garantizado el derecho del solicitante al informe de auditoría por cualquiera de los medios anteriormente indicados.

2.º Alega la sociedad que, de llevarse a cabo la auditoría solicitada, se originaria un notable perjuicio económico, al suponer una duplicidad de gastos. 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 «Carmérida, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Badajoz el 1 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, 18 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Badajoz.

Resolución de 21 de enero de 2013 (1.ª)

En el expediente 34/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una accionista de «Casenco y Moreno S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 24 de enero de 2012 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 «Casenco y Moreno, S.L.», el nombramiento de un auditor con el fin de conocer si las cuentas anuales del ejercicio 2011 ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

II

A la vista de dicha solicitud, el Registrador Mercantil de Alicante requirió a la representación del solicitante para la subsanación de defectos formales advertidos en la instancia. Lo que así se hizo con fecha de 2 de febrero de 2012.

III

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando, en esencia: 1.º) Que no se ha recibido la totalidad de los documentos adjuntos a la instancia y aportados por el peticionario, lo que cercena el derecho a la defensa. 2.º) Que el derecho a la información del solicitante está perfectamente garantizado, dado que se realizaron en anteriores ejercicios dos auditorías de los estados contables de la sociedad a solicitud del socio, sin que por otra parte se hayan negado en ningún momento el derecho a la información, dado que el mismo socio se ha encargado de los asuntos sociales, al haber sido administrador. La primera de estas auditorías se realizó en 2009 respecto de as cuentas del ejercicio 2008 y a instancia del mismo solicitante. La segunda de ellas se realizó también a su instancia para verificar las cuentas del ejercicio 2009 y el informe de auditoría concluyó que las cuentas anuales reflejaban la realidad económico-financiera de la empresa. 3.º) Que de todo lo anteriormente expuesto se desprende que el socio ejercita su derecho de forma abusiva y antisocial, dado que es conocedor de la situación financiera de la sociedad y, en realidad, lo que pretende es obstaculizar la marcha de la misma.

IV

El Registrador Mercantil de Alicante, el 20 de febrero de 2012, acordó estimar la solicitud de auditoría, al entender que el derecho a solicitar el nombramiento de auditor de

cuentas en sociedades no obligadas a la verificación contable, lo reconoce el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de capital a todos los socios que reúnan las condiciones de ostentar al menos el 5% de capital social y de presentar su solicitud en los tres primer meses siguientes al cierre del ejercicio a auditar. Los documentos que la sociedad dice no haber recibido son los que acreditan la condición de socio del peticionario. Respecto a la alegación social de llevar, por parte de las administradores una contabilidad ordenada y adecuada, así como haber cumplido con las exigencias del derecho de información del socio, señaló que la ley no solo reconoce el derecho de información sino también el de auditoría, siendo así que el derecho de información no limita el de auditoría. Tampoco puede prosperar como causa de oposición la alegación de que en años anteriores se realizó la verificación contable de las cuentas anuales. Por último, mantuvo que el ejercicio abusivo o antisocial de un derecho no puede apreciarse en este procedimiento, sin perjuicio del ejercicio por la sociedad de cuantas acciones estime convenientes para reclamar ante los tribunales de Justicia la indemnización de los perjuicios económicos ocasionados por la posible actuación maliciosa.

V

Contra dicha resolución la indicada representación de la sociedad 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. Añadió

VI

Finalmente, con fecha de 10 de julio de 2012 tuvo entrada en el registro general de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Alicante al que adjuntaba un escrito firmado por don ….., administrador único de la sociedad, desistiendo del recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 20 de febrero de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91 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 el desistimiento presentado por el recurrente y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor instado por don ….., en nombre y representación de don ….., para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2011 de «Casenco y Moreno S.L.» y, en consecuencia, procedente el nombramiento de auditor solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándo-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 21 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 21 de enero de 2013 (2.ª)

En el expediente 217/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de unos socios de «Mesat, S.L.».

HECHOS

I

Don….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 24 de junio de 2012 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales en la entidad mercantil «Mesat, S.L., con el fin de transmitirlas, ejercitando el derecho de separación del socio, reconocido por el artículo 348 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que la Junta de socios no manifestó nada respecto al posible deseo del solicitante de separarse de la compañía y de ello no cabe duda alguna, ya que dicha Junta General se celebró ante el notario de Madrid, D. Eduardo Torralba Arranz, de la cual levantó la correspondiente Acta. 2.º) Que la primera vez que la sociedad tuvo conocimiento del deseo del solicitante fue mediante escrito de 6 de junio de 2012, en el cual nada se dijo sobre el precio de las participaciones sociales y, por tanto, no se ha planteado la posibilidad de acuerdo. 3.º) Que, en definitiva, la solicitud del Sr. ….. incumple el requisito de acreditar la falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor aproximado de sus participaciones sociales.

III

A la vista de tal escrito el Registrador accidental del Registrador Mercantil número XIV de Madrid, con fecha de 21 de junio de 2012, dio traslado del mismo al solicitante para que alegara lo que tuviera por conveniente. Lo que así hizo éste con fecha de 28 de junio de 2012.

IV

El Registrador accidental del Registrador Mercantil número XIV de Madrid, con fecha 24 de julio de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo como cuestión previa, que el supuesto de hecho planteado es una acción establecida por la Ley para que el Registrador Mercantil tenga competencia para llevar a cabo la designación del auditor de cuentas solicitado. Se pretende por el solicitante el nombramiento de auditor de cuentas por el Registro Mercantil para determinar el valor de las participaciones sociales de las que es titular, que representan el 25% del capital social de la sociedad «Mesat, S.L.» en ejercicio del derecho de separación contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, siendo de aplicación el artículo 353 de la citada Ley que establece que «a falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor 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». La sociedad admite que en la Junta General de Socios celebrada el día 7 de mayo de 2012, se acordó por mayoría asignar las ganancias a la cuenta de «reservas» votando en contra el socio solicitante, don Juan Manzanares Martínez, el cual, mediante escrito de 6 de junio de 2012, comunicó a la sociedad su deseo de separarse en ejercicio del derecho de separación que contempla el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, pero basa su oposición en la alegación de no ser cierto que exista desacuerdo en el valor de las participaciones, ya que en ningún momento se ha efectuado por el solicitante una propuesta económica sobre el valor de su participación social y, por tanto, difícilmente puede haber desacuerdo en el mismo. En cuanto a ello, a requerimiento del Registro, se ha acreditado fehacientemente por el solicitante una propuesta a la sociedad sobre el valor de sus participaciones en la misma, además de su manifestación de que la misma no ha sido aceptada. Si bien dicha propuesta es de fecha posterior a la comunicación a la sociedad del uso del derecho de separación, no por ello puede entenderse que el mismo se esté ejercitando fuera de plazo, pues el procedimiento de separación se inicia con la notificación a la sociedad del uso del ejercicio de dicho derecho, sin que pueda pretenderse que la propuesta en cuanto al valor de las participaciones se realice en ese mismo plazo. Por otro lado, si no existiera ese desacuerdo entre las partes, el socio no se molestaría en solicitar el nombramiento de un auditor para valorar sus participaciones, sería tan fácil como que cualquiera de las partes afectadas realizara una oferta de valoración y la otra, la aceptara.

V

Contra dicha resolución los solicitantes de la auditoría de cuentas interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones vertidas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se reproducen e la presente instan-

cia, sin necesidad de reiteración. Añadió que el registrador mercantil dio por buenas las manifestaciones realizadas por el solicitante, sin tener en cuanta lo alegado por la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 348 *bis)* y 353 de la Ley de Sociedades de Capital, 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 1993, 20 de enero de 1998 y, como más reciente, la de 2 de marzo de 2002, 17 de octubre de 2006.

Procede determinar en esta resolución si estamos o no en presencia de uno de los supuesto establecidos en la Ley para la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales de los solicitantes. En efecto, constituye doctrina de esta Dirección General –que nuevamente se reitera– que el nombramiento de auditor para determinar el valor real de las acciones o participaciones a que se refiere el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil está indisolublemente unido a «los casos establecidos en la Ley» para el ejercicio de este derecho. En otras palabras, que no es un derecho que pueda ejercitarse sin más por cualquier socio con el fin de conocer el valor de sus acciones o participaciones y, por tanto, que necesariamente tiene que concurrir la circunstancia de tratarse de un supuesto de los tasados por la Ley.

En el caso que nos ocupa, el solicitante de la auditoría de cuentas presentó durante la tramitación del expediente un certificado de la Oficina de Correos que acredita la imposición de un burofax el 13 de junio de 2012 por el Sr. Manzanares al administrador solidario en el que solicita por sus participaciones sociales el precio de 450 mil euros. Por lo demás, cabe señalar que resulta evidente, a la vista del escrito de oposición social y del recurso que hoy se resuelve, que existe, cuanto menos, una disparidad de criterios entre las partes –sociedad y socio– tanto sobre el precio de dichas participaciones, como sobre los mismos requisitos que, en opinión de la sociedad, debe reunir el socio para ejercer el derecho que la ley le reconoció.

Por último, debe indicarse que, aún cuando el artículo 348 bis) fue suspendido temporalmente por la Disposición transitoria única de la Ley 1/2012, de 22 de julio, de simplificación de obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, hasta el 31 de diciembre de 2014, dicha suspensión no es aplicable al caso presente, puesto cuando el solicitante ejercitó el derecho de separación e incluso, con posterioridad, cuando presentó su instancia en el Registro Mercantil para obtener el nombramiento registral de un auditor para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales, todavía estaba vigente el precitado artículo 348 bis),

dado que la norma que acodó la suspensión entró en vigor el 24 de julio de 2012.

En su virtud, Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador solidario de «Mesat, S.L.» contra la decisión Registrador accidental del Registrador Mercantil número XIV de Madrid, con fecha 24 de julio 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, 21 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VI de Madrid.

Resolución de 21 de enero de 2013 (3.ª)

En los expedientes 40/2012, 41/2012 y 42/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Industrias Casanova Gandía, S.L.», «Promociones y Arrendamientos Casanova Gandía, S.L.», «Industria Tainova, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia, 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 de más del 5% del capital social de «Industrias Casanova Gandía, S.L.», «Promociones y Arrendamientos Casanova Gandía, S.L.», «Industria Tainova, S.L.» el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable de estas tres sociedades, cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

Las sociedades afectadas por la solicitud, a través de sus administradores mancomunados, don ….. y don ….., se opusieron a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que

estas sociedades forman parte de un grupo en el que «Promociones y Arrendamientos Casanova Gandía, S.L.» desarrolla la misma actividad que «Industrias Casanova Gandía, S.L.» con los mismos socios y los mismos administradores y, por tanto, es trascendente conocer la situación de los auditores de ésta última sociedad. 2.º) Que la Junta General de la «Industrias Casanova Gandía, S.L.» procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo hasta el año 2008 y en la Asamblea anual de 30 de junio de 2008 se acordó la reelección de la empresa auditora «Audit Valencia, S.L.P.» por un periodo de tres años, estando dicho contrato tácitamente prorrogado, por aplicación del artículo 19.1 de la Ley de Auditoría de Cuentas. 3.º) Que durante los ejercicios en que la sociedad ha tenido que auditar voluntariamente sus cuentas, el nombramiento de auditores se ha realizado por unanimidad de sus tres socios y, por tanto, con el acuerdo del socio que pide el nombramiento de auditor por el Registrador.

III

A la vista de dicho escrito de alegaciones el Registrador Mercantil número IV de Valencia acordó, el 23 de enero de 2012, conceder a las sociedades el plazo de diez días para que acreditaran fehacientemente la fecha de nombramiento de auditor de cuentas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1227 del Código Civil. A dicha diligencia respondieron mediante un escrito de alegaciones manteniendo que mediante comunicación notarial de 7 de diciembre d 2011 se le informó al socio minoritario el nombramiento de auditor y se le remitió toda la documentación a la que se refiere el artículo 39 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles, el informe de auditoría del balance de fusión de la sociedad absorbente y absorbida a 30 de junio de 2011 y constando protocolizado dicho informe de auditoría realizado por «Audit Valencia, S.L.P.» en las actas notariales de presencia en las Juntas generales de «Industrias Casanova Gandía, S.L.», «Promociones y Arrendamientos Casanova Gandía, S.L.» celebradas el 29 de diciembre de 2011, formalizada la primera de ellas por la Notaria de Fuente la Higuera, Doña Ana María Fernández González, bajo el número 30 de su protocolo y, la segunda, por el notario de Mogente, D. José Camus, bajo el número 640 de su protocolo.

IV

El Registrador Mercantil número IV de Valencia, con fecha 20 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 las sociedades 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 comunicado fehacientemente a este registro la prórroga tácita del contrato de auditoría, tal como prevé el artículo 52.3 del Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por Real Decreto 1517/2011. En segundo lugar, tampoco se acredita que la fecha de la designación fuese previa a la solicitud del socio minoritario de 2 de enero de 2012 *(cfr.* 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 y añadiendo: 1.º) Que el solicitante de la auditoría de cuentas conoció perfectamente el nombramiento voluntario de auditor puesto que se le remitió por conducto notarial el acta de la reunión de 29 de diciembre de 2011 en el que consta el informe de los administradores y el informe de la mencionada firma auditora, por lo que se entiende acreditada el carácter previo de la contratación. 2.º) Que forman un grupo de empresas constituidas por tres sociedades: «Industrias Casanova Gandía, S.L.»; «Promociones y Arrendamientos Casanova Gandía, S.L.»; e «Industria Tainova, S.L.». Para todas ellas se ha solicitado el nombramiento registral de auditor de cuentas único.

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, examinados los recursos interpuestos, procede acordar la acumulación de los procedimientos iniciados por don ….., dado que existe identidad sustancial respecto a las sociedades a auditar e íntima conexión entre ellos (*cfr.* art. 73 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

2.º La cuestión de fondo planteada en este expediente se centra en determinar cuando 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 que debe acreditar la anterioridad de la contratación del auditor de las cuentas correspondientes al ejercicio 2011, se limita a invocar la contratación con la empresa Audit Valencia SLP para realizar el informe de auditoría del balance de fusión y la auditoría de las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios –en el caso de que alguna de las sociedades estuvieran obligadas a ello– (*cfr.* art. 39 de la Ley 3/2009, de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles). Sin embargo, continúa sin acreditar la contratación de la empresa auditora para verificar las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2011, dado que, sobre este extremo, de los documentos aportados no se deduce la efectiva reelección del auditor para auditar dichas cuentas, ni la fecha en que se realizó.

No puede admitirse la pretensión de la sociedad dirigida a que se entienda tácitamente prorrogada la auditoría contratada para ejercicios anteriores, en contra de la previsión reglamentaria contenida en e artículo 52.2 del Reglamento de ejecución de la ley de Auditoría de Cuentas que impone a la sociedad el deber de comunicar tal hecho en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio social de la entidad auditada, mediante acuerdo o certificado suscrito por quien tenga competencia legal o estatutaria en la entidad auditada, en un plazo que no podrá ir más allá de la fecha en que se presenten para su depósito las cuentas anuales auditadas correspondientes al último ejercicio del periodo contratado. Esta última obligación de la sociedad no se ha cumplido en el presente caso, ni siquiera con el fin de enervar el derecho del solicitante y, por tanto, debe reconocérsele el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….. y don …..., administradores mancomunados de «Industrias Casanova Gandía, S.L.», «Promociones y Arrendamientos Casanova Gandía, S.L.», «Industria Tainova, S.L.», contra el acuerdo adoptado Por el Registrador Mercantil número 4 de Valencia de 20 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, 21 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IV de Valencia.

Resolución de 23 de enero de 2013 (1.ª)

En el expediente 46/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Centro Veterinario Saluki, S.L.».

HECHOS

I

Doña ……, presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 17 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 titulares del 30% del capital social de «Centro Veterinario Saluki, 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 copia del Acta Notarial de la Junta General de socios, celebrada el 17 de noviembre de 2011, autorizada por el notario de Barcelona, D. Tomás Jiménez Duart.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, resumidamente: 1.º) Que la solicitud supone un claro abuso de derecho por ser ejercitado con el propósito de hacer incurrir a la sociedad en gastos innecesarios. 2.º) Que, dada la coyuntura económica por la que atraviesa la sociedad, no dispone de fondos con los que costear los gastos que la auditoría comporta pues está pasando por serias dificultades económicas desde hace años.

III

La Registradora Mercantil número VII de Barcelona, con fecha 23 de febrero de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo que no podían prosperar las alegaciones sobre la mala fe de la solicitante dado que, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, resulta imposible examinar en este procedi-

miento las motivaciones que han llevado a la socia ha solicitar la auditoría de cuentas, dado 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.* artículos 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 segundo lugar, mantuvo, respecto de la alegación social sobre la falta de fondos para costar los honorarios del auditor de cuentas, que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, impone de manera taxativa que los gastos de la auditoría de cuentas corran siempre a cargo 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. Añadió que los únicos dos socios de la compañía, doña ….. y don ….., están negociando la salida de la solicitante y en breve llegaran a un acuerdo.

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 en recurrente en su escrito de interposición. 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.* artículos 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinacio-

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

2.º Tampoco puede enervar la petición de las socias minoritaria, las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la auditoría que entiende son innecesarios, puesto que el legislador ha dispuesto con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

3.º Por último, cabe señalar que, en tanto no se acuerde la separación de la solicitante y se culmine todas las fases del proceso de separaciónel proceso de separación con el otorgamiento de 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 puesta, la peticionaria continúa siendo socia de la compañía y puede ejercitar todos los derechos que la ley le reconoce.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don ….., administrador único de la entidad mercantil Centro Veterinario Saluki, S.L. contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil número VII de Barcelona el 23 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, 23 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VII de Barcelona.

Resolución de 23 de enero de 2013 (2.ª)

En el expediente 47/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Dreams Desing & Development, S.L.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Zaragoza el 2 de marzo de 2012 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 «Dreams Desing & Development, S.L.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 el derecho reconocido a los socios por el artículo 265.2 de la ley trata de salvaguadar los intereses de los socios minoritarios cuando los mayoritarios les dejen en una situación de indefensión. Sin embargo, en el caso presente, no concurre este presupuesto, dado que el solicitante no ha asistido a las Juntas Generales de los años 2009, 2010 y 2011, en las que se aprobaron las cuentas de la sociedad y se acordó la aplicación de resultados. Esto denota su nulo interés por la marcha de la empresa en la que participa. 2.º) Que la verdadera intención del solicitantes es presionar a la compañía y al resto de los socios que permanecen como trabajadores para que le compren sus participaciones sociales. 3.º) Que el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil perjudicaría os intereses de la sociedad, inmera en una situación de crisis económica, sin beneficio para los intereses reales del peticionario.

III

El Registrador Mercantil número II de Zaragoza de 19 de marzo de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, conforme a la cual, las causas de oposición solo pueden ser en este procedimiento la de presentación fuera de plazo de la solicitud, pérdida de la condición de socio del solicitante o figurar inscrito un auditor para verificar las cuentas de la sociedad correspondientes a ese mismo periodo. Valga por todas ellas las resoluciones de 10 y 24 de abril de 2000. Consecuentemente, no es motivo en virtud del cual pueda prosperar la oposición de la sociedad al nombramiento de auditor de cuentas solicitado por el socio minoritario. En cuanto a la alegación sobre un pretendido abuso de derecho, también la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado sobre esta cuestión, 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.* artículos 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 Resoluciones de 24 de abril de 2000 y 3 de marzo de 2003 de la DGRN).

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 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 6 de mayo y 21 de octubre de 2003, 4 de octubre, 30 de noviembre de 2005 y 15 de junio de 2007.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la resolución recurrida, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, se ha de recordar que el artículo 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. En segundo lugar, también debe recordarse al recurrente 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– 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 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.* artículos 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 ultimo, en cuanto al perjuicio económico que la auditoría de cuentas puede ocasionar a la sociedad, cabe mantener 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 «Dreams Desing & Development, S.L.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número II de Zaragoza el 19 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, 23 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Zaragoza.

Resolución de 24 de enero de 2013 (1.ª)

En el expediente 48/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bioestimulantes Agrícolas, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito el 28 de febrero de 2012 en el Registro Mercantil de Valencia solicitando, como titular de más del 5% del capital social de «Bioestimulantes Agrícolas, 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 2011.

II

La sociedad, a través de su representante, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando que la sociedad nombró auditor de cuentas para los ejercicios 2011 a 2013 a «Moore Stephens Ibergrup, S.A.P.». A tal efecto libró el correspondiente certificado, siendo legitimada la firma por la Notaria Amaparo Messana Salinas, el 7 de noviembre de 2011, siendo finalmente inscrito el nombramiento de auditor el 29 de febrero de 2012.

III

La Registradora Mercantil número IV de Valencia, con fecha 7 de marzo de 2012, acordó estimar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado ya que, consta en la inscripción número 17.ª de la hoja abierta a la sociedad el nombramiento voluntario de auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2011. Finalizó su acuerdo advirtiendo que el órgano de administración deberá someter a la aprobación de la Junta general las cuentas anuales de ese ejercicio económico junto con el informe de auditoría de cuentas. Si la sociedad no estuviera obligada a la verificación contable deberá poner a disposición del socio minoritario el informe de auditoría, conforme a lo establecido en el artículo 272 de la ley de Sociedades de Capital.

IV

Contra dicha resolución y por el socio minoritario solicitante del nombramiento se interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que no procede la denegación recurrida, ya que es doctrina consolidada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el encargo de una auditoría por los órganos sociales solo puede enervar el derecho del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital si reúne 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. Esta doctrina debe ser conjugada con lo dispuesto en el artículo 1227 del Código Civil, siendo así que en el caso presente no se cumplen los requisitos exigidos. Y ello se colige mediante una simple confrontación de fechas, dado que la instancia del socio minoritario fue presentada en el registro Mercantil el 28 de febrero de 2012. 2.º) Que lo realmente cierto en este caso es la intención del órgano de administración social de obstaculizar el derecho del socio minoritario a conocer con exactitud e integridad los estados financieros 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 28 de

mayo de 1993, 19 de julio de 1994 y, como más recientes, las de 4 de octubre y 30 de noviembre de 2005.

1.º Procede confirmar en el presente expediente –y por su propio fundamento– la decisión adoptada por la Registradora Mercantil número IV de Valencia en lo que se refiere a la no procedencia del nombramiento de auditor solicitado por el socio, dado que, aunque efectivamente 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 –según el testimonio notarial de legitimación de firmas, el 7 de noviembre de 2011– un auditor de cuentas para el ejercicio cuya auditoría pretenden y que su derecho ha quedado garantizado por la inscripción del mismo en el Registro Mercantil en la inscripción número 17.ª de la hoja abierta a la sociedad. Como quiera que conforme al artículo 55 del Reglamento del Registro Mercantil, los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha del asiento de presentación y ésta se realizó el 20 de febrero de 2012, ha quedado garantizado el derecho del solicitante al informe de auditoría que solicitó.

2.º No puede prosperar tampoco la nueva alegación que contiene el escrito de recurso 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.* artículos 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 «obstruccionistas» que alega el recurrente 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 la Registradora Mercantil número IV de Valencia el 7 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, 24 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IV de Valencia.

Resolución de 24 de enero de 2013 (2.ª)

En el expediente 49/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Parque Sierra Promociones Inmobiliarias, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito al Registro Mercantil de Madrid el 27 de febrero de 2012 solicitando, como titular de más del 5% del capital social de «Parque Sierra Promociones Inmobiliarias, 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 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando en síntesis: 1.º) Que el socio solicita la auditoría de unas cuentas que no están formuladas, ya que el plazo para ello es de tres meses siguientes al cierre del ejercicio social que, en este caso, coincide con el año natural y, consecuentemente, tampoco se ha convocado la Junta general que debe aprobarlas. 2.º) Que lo expuesto con anterioridad refleja que la causa de su petición es ficticia e incumple lo dispuesto en el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil número III de Madrid, con fecha 12 de marzo de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que la solicitante reúne los requisitos dew capital y tiempo legalmente exigidos. Mantuvo que, conforme a la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado es indiferente la expresión en la instancia de la causa de la petición, dado que ésta es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditortía previa. Sobre la alegación relativa a que el ejercicio económico coincide con el año natural, no habiendo finalizado el periodo para la formulación de cuentas, mantuvo que la solicitud debe presentarse dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social y con su presentación se inicia la tramitación del expediente, sin que el Registrador mercantil pueda suspender su actuación en espera de que la sociedad cumpla sus obligaciones.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando los argumentos vertifos en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia, sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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 y 30 de noviembre de 2005.

1.º El presente recurso plantea una cuestión de carácter formal y es la relativa a la inexpresión de la causa en la instancia que inició este expediente. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que 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 se ha de constatar que la causa de la solicitud del art. 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 art. 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento de 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 art. 350 del mismo cuerpo legal que queda enlazado con otro supuesto que es el del art. 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, completamente diferente al número 2 del mismo artículo.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación del recurrente relativa a la falta de cuentas anuales por no haber sido formuladas por los administradores ni aprobadas por la Junta general, puesto que la finalidad de este derecho reconocido a la minoría social es es la de verificar si la llevanza de la contabilidad social es o no ajustada a derecho y solo está condicionado a que los solicitantes reúnan las circunstancias de capital y tiempo que se mencionan en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital) sin que haya de esperar a la previa formulación de cuentas por el órgano de administración ni a la celebración de la Junta General. Muy por el contrario, lo que la Ley ha pretendido con este derecho, aunque puede cumplir otras finalidades, es, precisamente, que los socios puedan disponer de dicho informe antes de la celebración de dicha Junta general con el fin de proceder –con mayor conocimiento de causa– a la aprobación o no de las cuentas anuales que les presentan los órganos sociales.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., como administrador único de «Parque Sierra Promociones Inmobiliarias, S.A.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número III de Madrid el 12 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, significándo-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 24 de enero de 2013.–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 enero de 2013 (3.ª)

En el expediente 50/09 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Apeu Muntanya, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Castellón el 31 de enero de 2012 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 «Apeu Muntanya, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

Notificada la sociedad de dicha instancia, ésta no se opuso al nombramiento solicitado.

III

El Registrador Mercantil de Castellón, con fecha de 8 de marzo de 2012, declaró procedente el nombramiento solicitado, dado que según los datos que constan en el registro y que resultan de la documentación adjunta a la instancia, el solicitante reúne los requisitos legalmente exigidos.

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 sínte-

sis: 1.º) Que en el momento presente y como consecuencia de la grave situación por la que atraviesa la compañía, se ha presentado ente el Juzgado de lo Mercantil de Castellón un escrito de 29 de febrero de 2012, solicitando la declaración de concurso, conforme a lo previsto en el artículo 5 *bis* de la ley Concursal. 2.º) Que para el ejercicio 2010 el socio minoritario ya solicitó la realización de una auditoría, siendo así que de dicho informe se desprendió la necesidad de disolver 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 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 13 de mayo de 2010.

1.º La primera cuestión que plantea 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 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 2011.

2.º Tampoco la solicitud de refinanciación planteada por la sociedad ante el Juzgado de lo Mercantil de Castellón puede enervar el derecho del solicitante al nombramiento de auditor de cuentas que solicitó al Registrador Mercantil, dado 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).

3.º Por último, se ha de señalar que el derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, al no establecer otras limitaciones que las de reunir el porcentaje del 5% de capital social y la de solicitar el nombramiento registral de auditor dentro de los tres meses siguientes al del cierre del último ejercicio económico puede realizarse

anualmente, de tal manera 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador único de «Apeu Muntanya, S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Castellón 8 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, 24 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Castellón de la Plana.

Resolución de 24 de enero de 2013 (4.ª)

En el expediente 51/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Urbanización Playa Fañabe, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, el 10 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 «Urbanización Playa Fañabe, 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, resumidamente: 1.º) Que la Junta general de la sociedad celebrada el 26 de junio de 2008 acordó nombrar voluntariamente auditor de las cuentas correspondientes a los ejerci-

cios 2007, 2008, 2009 a la compañía auditora «González Herrera Auditores, S.L.» De dicha Junta general se levantó acta por el notario de la capital, D. Javier Martínez del Moral. Dicho periodo inicial de tres años está tácitamente prorrogado, en virtud del artículo 19 de la Ley de Auditoría de Cuentas tal como se desprende del Acta notarial de la referida Junta General. 2°) Que, a mayor abundamiento, la Junta general de 29 de diciembre de 2011, acordó sobre el punto tercero del orden del día, la prórroga tácita del contrato de auditoría de cuentas para los años 2011, 2012, 2013.

III

El Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 7de marzo de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor y rechazó la alegación de la sociedad consistente en que tiene nombrado un auditor de cuentas, para los ejercicios 2007, 2008 y 2009 en virtud de los acuerdos adoptados en la Junta General celebrada en fecha 26 de junio de 2008, de la que levantó acta el notario de esta Capital don Javier Martínez del Moral el mismo día, número 1365 de su protocolo, la cual se acompaña, acredita el nombramiento por la junta pero no así la inscripción de tal nombramiento en la hoja de la sociedad, como exigen reiteradamente las resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado en reiterada doctrina. En cuanto a la alegación que entiende tácitamente prorrogado el nombramiento de auditor, por plazo de tres años, que comprende los ejercicios 2011, 2012 y 2013, en virtud del Articulo 19 del Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas de 1 de julio de 2011; ha de ponerse en relación dicho artículo legal con el artículo 52 del Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, en el que indica: «1. Una vez ha finalizado el periodo por el que fueron contratados los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría para realizar la auditoría de cuentas, podrán ser prorrogados expresamente, incluso de forma sucesiva, por periodos máximos de hasta tres años. 2. Para que el contrato de auditoría quede tácitamente prorrogado por un plazo de tres años, el auditor de cuentas o sociedad de auditoría y la entidad auditada no deberán manifestar su voluntad en contrario antes de que finalice el último ejercicio por el que fueron inicialmente contratados o, anteriormente, prorrogados, sin perjuicio de la Información de dicha prórroga en la Junta General de socios. Lo anterior no exime del deber de comunicar tal hecho en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio social de la entidad auditada, mediante acuerdo o certificado suscrito por quien tenga competencia legal o estatutaria en la entidad auditada, en un plazo que no podrá ir más allá de la fecha en que se presenten para su depósito las cuentas anuales auditadas correspondientes al último ejercicio del periodo contratado». Asimismo, la alegación formulada por la Sociedad de tener nombrado la Sociedad un auditor de cuentas, para los ejercicios 2011, 2012 y 2013 en virtud de los acuerdos adoptados en la Junta General, celebrada en fecha 29 de diciembre de 2011, de la que levanto acta el notario de esta Capital D. Roberto Jesús Cutillas Morales el mismo día, número 4.492 de su protocolo, que se acompaña, ha de decaer igualmente, y por el mismo motivo expresado en el punto II, esto es, la falta de su inscripción en la hoja abierta a la sociedad en este Registro. Por otra parte, la circunstancia de encontrase pendiente de Resolución por la Dirección General el nombramiento de auditor a solicitud de la minoría, para ejercicio 2010, lo único que implica, es la no aplicación del cierre registral por falta de su depósito hasta que transcurran tres meses a contar desde la fecha de la resolución definitiva, conforme establece el artículo 378, apartado 4, del RRM: «Interpuesto recurso gubernativo contra la resolución del Registrador sobre nombramiento de auditor a solicitud de la minoría, aunque haya transcurrido el plazo previsto en el apartado primero, no se producirá el cierre registral, por falta del depósito de las cuentas del ejercicio para el que se hubiere

solicitado dicho nombramiento, hasta que transcurran tres meses a contar desde la fecha de la resolución definitiva», por lo que no afecta en modo alguno a la presente solicitud del nombramiento de auditor para el ejercicio 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 y añadiendo: 1.º) Que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas ha respetado tanto la Ley de Auditoría de Cuentas y su reglamento de ejecución. Ahora bien, el Reglamento entró en vigor el 5 de noviembre de 2011, por lo que será aplicable a la prórroga de los contratos celebrados a partir del 31 de diciembre de 2011 y no contiene ninguna norma de derecho transitorio y por esta razón no se puede exigir a la sociedad el cumplimiento de unas disposiciones normativas no vigentes en el momento en que se formalizó el contrato de auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantl 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, 20 de marzo de 2012.

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 socio minoritario: 1.º En primer lugar porque no garantiza el derecho de la solicitante al informe de auditoría, dado que la sociedad no procedió a inscribir el nombramiento, ni a aportar el informe al expediente ni tampoco a probado haberlo puesto a disposición del socio minoritario. 2.º En segundo lugar, porque todos lo supuestos regulados en el anti-

guo artículo 8 ter de la Ley de Auditoría de Cuentas (hoy artículo 19 de ésta 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 derecho reconocido a la minoría social por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital *(cfr.* artículo 19.3 de la Ley de Auditoría de Cuentas en conexión con los artículos 263.2, 264 y 265.2 de la ley de Sociedades de Capital). 3.º Y porque, a mayor abundamiento, el Reglamento de desarrollo de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por Real Decreto 15172011, exige para la validez de esa prórroga, la comunicación formal al Registro Mercantil del domicilio de la sociedad auditada.

3.º Por último, se ha de recordar al recurrente que por Resolución de esta Dirección general de los Registros y del Notariado, de 20 de marzo de 2012 se desestimó también en esa ocasión el recurso de alzada interpuesto por la misma representación social, en base a que no acreditó las condiciones exigidas por este Centro Directivo para que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas pueda enervar el derecho del socio minoritario, reconocido en 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 «Urbanización Playa Fañabe, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife el 7 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 le dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 24 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife.

Resolución de 24 de enero de 2013 (5.ª)

En el expediente 52/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de uno socio de «Habitat Elche, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante, el 10 de febrero de 2012 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales en la entidad mercantil «Habitat Elche, S.L.», con el fin de transmitirlas, ejercitando el derecho de separación del socio, reconocido por el artículo 346.1 a y c, así como del artículo 370.3 de la Ley de Sociedades de Capital. Adjuntaba a su escrito copia de acta autorizada el 2 de enero de 2012, por el Notario de Elche, D. Daniel Tornel López, 8 de protocolo, copia del acta autorizada el 27 de enero de 2012, por el Notario de Elche, D. Francisco Tornel López, 243 de protocolo, copia de acta autorizada el 31 de enero de 2012, por el Notario de Elche, don D. Daniel Tornel López, 107 de protocolo, copia de sendas cartas de 2 de febrero de 2012 y 1 de febrero de 2012, dirigidas a los Procuradores doña ….. y don …..., copia de diligencia de ordenación de 26 de enero de 2012, del Juzgado de lo Mercantil Tres de Alicante, sede en Elche y copia de contestación a demanda presentada al Juzgado de lo Mercantil Tres de Alicante, con sede en Elche de 27 de Junio de 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que el solicitante no reúne los requisitos establecidos en los artículos 346 y 370 de la LSC para ejercitar el derecho de separación social, dado que no se ha producido modificación sustancial del objeto social, ni tampoco una reactivación de la sociedad. 2.º) Que la sociedad continúa dedicada al mismo objeto social que antes de la ampliación, esto es, a promociones inmobiliarias. Así consta en el informe preceptivo emitido por la sociedad. 2.º) Que el solicitante de la auditoría no se opuso a la modificación, consistente en el alquiler de un inmueble propiedad de la sociedad, en vez de la venta, si bien pretendía que se arrendara fuera de los Estatutos, lo que habría dado lugar a nuevas acciones judiciales por su parte. 3.º) Que, por lo que se refiere al fundamento alegado, en base a los artículos 346 y 370 de la LSC, el último de estos preceptos que es resultado del primero, establece en su número 3 que «El socio que no hubiera votado a favor de la reactivación tiene derecho a separarse de la compañía». Pues bien, la sociedad nunca fue disuelta, por lo que no existe tampoco posibilidad de reactivación.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha de 28 de febrero de 2012, acordó desestimar la solicitud. Señaló 1. El derecho a solicitar el nombramiento de Auditor de cuentas para la valoración de las participaciones o acciones del socio, que ejercite el derecho de separación viene reconocido en el Art. 353 de la Ley de sociedades de capital. 2. El derecho de separación viene reconocido en la Ley, en el Art. 346 y además para el caso de reactivación de sociedad disuelta en el artículo 370 de dicho cuerpo legal. El Art. 353.1 de la Ley de Sociedades de Capital establece como supuesto para la valoración de las acciones, en caso de separación de socio, por un auditor de cuentas distinto del de la sociedad designado por el Registrador mercantil «la falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las acciones o sobre las personas que hayan de valorarías y el

procedimiento a seguir para su valoración», presupuesto que no se da en el caso que nos ocupa en que el desacuerdo entre el socio y la sociedad no versa sobre ninguno de los puntos indicados en el precepto sino sobre la existencia o no de la causa de separación, controversia que corresponden resolver no al Registrador Mercantil sino a los Tribunales de Justicia.

IV

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que cuando la ley habla de sustitución o modificación sustancial del objeto social supone que estamos dentro del mismo objeto en sentido amplio, en este caso, «actividad inmobiliaria» pero hay que valorarse dicha modificación tiene entidad suficiente para considerarla modificación sustancial. El artículo 349 de la LSC exige al propio Registrador realizar una calificación suficiente del título y de si la modificación del objeto social llevada a cabo en la Junta general de 2 de enero de 2012 es o no sustancial. De considerar que así es no puede inscribir el título, conforme a este artículo. 2.º) Que no pudo localizar a la sociedad y comunicar el ejercicio del derecho de separación, por lo que solicitó al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor de sus participaciones sociales. 3.º) Que el objeto social era mucho más restringido que el que resulta de la modificación, de tal manera que, originariamente el objeto social era «la construcción, promoción y venta de edificios» y, tras la modificación operada, el objeto es: *a)* compraventa de terrenos cualquiera que sea su clasificación urbanística; *b)* gestión urbanística de éstos encaminada a su clasificación o cambio de uso; *c)* la redacción y tramitación de figuras e instrumentos de planeamiento y ejecución urbanística; *d)* la urbanización de terrenos; *e)* la prestación de servicios inmobiliarios de cualquier índole, incluidos asesoramiento, gestión y mediación en actuaciones urbanísticas; *f)* la compraventa y arrendamiento de todo tipo de inmuebles y edificio; *g)* la rehabilitación, restauración o acondicionamiento de inmuebles para su posterior venta o alquiler. En conclusión sí ha habido una importante modificación sustancial del objeto social. 4.º) Que el segundo motivo para ejercitar el derecho de separación es el relativo a la reactivación de la sociedad, a respecto se ha de señalar que existe un procedimiento judicial donde se ha demandado la disolución de la sociedad que está pendiente de sentencia. La propia sociedad así lo manifiesta en el punto 3.º) *in fine* del informe de los administradores. 5.º) Que, consecuentemente con lo expuesto, está plenamente facultado por la ley para ejercitar su derecho de separarse de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 346, 349, 353 y 370 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, 2 de diciembre de 2009 y 5 de octubre de 2011.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar que, en contra de lo mantenido en el acuerdo recurrido, el Registrador Mercantil debe determinar en su resolución si concurre o no causa legal para el ejercicio del derecho de separación, dado que, conforme a lo dispuesto en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de las acciones o participaciones sociales solo procede en los casos establecidos en la ley. Y, en aplicación de dicho precepto, este Centro Directivo ha mantenido en reiterada doctrina que este derecho no se puede ejercitar, 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, dado que su ejercicio va indisolublemente unido a estos supuestos legales.

2.º Sin perjuicio de lo anterior, también se ha mantenido que para su procedencia, se ha de acreditar ante el Registrador Mercantil del domicilio social que el socio que desea separarse de la compañía ha ejercitado su derecho notificando a ésta su propósito, así como el procedimiento de valoración de participaciones sociales o la persona que debe realizar la valoración o, en todo caso, el precio que atribuye a las mismas. Este requisito de procedimiento necesario para ejercitar el derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas no se ha cumplido por el solicitante, dado que, como él mismo mantiene en el escrito de interposición del recurso, al no poder localizar a la sociedad y comunicar su decisión de separarse, optó por solicitar directamente al Registrador Mercantil el nombramiento de auditor con la finalidad ya expresada.

En su virtud, Esta Dirección General ha resuelto desestimar, en los términos que resultan de esta resolución, el recurso de alzada interpuesto por don ….., solicitante del nombramiento registral de auditor para determinar el valor de sus acciones, contra la decisión Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 28 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, 24 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 24 de enero de 2013 (6.ª)

En el expediente 53/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Proyecciones y tratamientos superficiales, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Las Palmas el 15 de febrero de 2012 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 «Proyecciones y tratamientos superficiales, 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: 1.º) Que la imagen fiel que legalmente se exige para las cuentas anuales, no es, sino el resultado de la aplicación regular y sistemática de las normas de contabilidad y de los principios contables generalmente aceptados en los términos previstos en el artículo 34 del Código de Comercio, en el TRLSA o la nueva Ley de Sociedades de Capital y en el resto de la normativa reguladora de la contabilidad empresarial, especialmente el Plan General de Contabilidad, siendo así que el solicitante no señala ni un solo defecto concreto en las cuentas de la sociedad, que apunte a un problema de falta de imagen fiel. Entendiendo que si se denuncia que las cuentas anuales no se han redactado conforme a dichas exigencias normativas, ha debido exponerse en la solicitud, qué partidas concretas se han podido contabilizar de modo incorrecto. 2.º) Que no puede ser que sin haber ejercitado previamente el derecho a información que el solicitante nunca ha ejercido el derecho de información que legalmente le asiste frente a la sociedad, no pudiendo considerar por tanto, que ha medíado una infracción de un derecho reconocido por la Ley al socio minoritario, que avalaría la solicitud de nombramiento de auditor, y tampoco ha existido un comportamiento obstativo de la sociedad a que el socio minoritario ejerza su legítimo derecho a la información. 3.º) Que es preciso mencionar que el contenido de «solicita al Registro Mercantil», se hace referencia a otra sociedad distinta, constando literalmente que la solicitud lo es de la empresa «Proyecciones y tratamientos insulares, S.L.».

III

El Registrador Mercantil de Las Palmas, con fecha 6 de marzo de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que 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* 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 encausa-

das 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, tales como las de 24 de Mayo de 1991, 4, 6 y 8 de Junio de 1991, 27 de Septiembre de 1991 y 3 de Octubre de 1991, y 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, y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de Mayo de 1991, entre otras. Siendo además la solicitud de la auditoría compatible con el ejercicio de los socios de su derecho de información, conforme estableció la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 13 de Mayo de 1995, 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. Por lo que se refiere al segundo motivo de oposición, queda claro que el solicitante, en el suplico de su escrito, solicita el nombramiento de auditor para la entidad «Proyecciones y tratamientos insulares, S.L.» en lugar de para la sociedad que nos ocupa, «Proyecciones y tratamientos superficiales, S.L.» pero sin lugar a dudas debe de tratarse de un error mecanográfico si tenemos en cuenta que en el apartado primero de su escrito solicitando el nombramiento del auditor facilita los datos de la fecha de la escritura de constitución así como los datos regístrales de «Proyecciones y tratamientos superficiales, S.L.», aportando incluso fotocopia de la escritura de compraventa otorgada en esta Ciudad el 17 de Octubre de 2010 ante el Notario D. Lesmes Gutiérrez Rodríguez-Moldes, número 2.194 de la que resulta la titularidad de las participaciones del solicitante en «Proyecciones y tratamientos superficiales, S.L.», compareciendo en dicho acto el administrador único de la sociedad don ….. para manifestar que la transmisión que en dicha escritura se formaliza es libre, por haberse cumplido los requisitos legales y estatutarios.

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 añadiendo, en esencia: 1.º) Que el solicitante no expresó la causa de su solicitud, siendo éste un requisito que se ha ido modulando por la jurisprudencia que mantiene que no puede hacerse una abstracción de los motivos reales que esconde dicha solicitud. 2.º) Que respecto de la causa, se ha de señalar que al solicitante se le vendieron el 25% de capital de la compañía, siendo la causa el compromiso por su parte de ofrecer financiación y proyectos a la compañía, lo cual ha sido cumplido por él. 3.º) Que, por lo anteriormente expuesto,, la sociedad se ha defendido en ejercicio legítimo de sus derechos, interponiendo acciones judiciales, siendo una de ellas, ante el Juzgado de lo Mercantil, en demanda de nulidad de la escritura de compraventa de participaciones sociales, en virtud de la cual el solicitante adquirió el 25% de la sociedad. En la fecha en que se notifique a la sociedad la admisión de la demanda aportada a este incidente, quedando en tanto no se resuelva la demanda, la legitimación del socio como cuestión litigiosa, existiendo a partir de esa fecha prejudicialidad de la referida legitimación.

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, en orden a la interposición de una demanda de nulidad del contrato de compraventa de participaciones sociales, en cuya virtud el solicitante de la auditoría adquirió el 25% del capital social de la sociedad, se ha de indicar que la admisión a trámite de la demanda que el recurrente se limita a alegar, por primera vez, en esta instancia de alzada, no puede tener ningún efecto en el presente expediente, dado que solo puede considerarse que existe prejudicialidad o litispendencia cuando, con anterioridad a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia solicitando el nombramiento de auditor, se está discutiendo en sede judicial la condición de socio del peticionario o el porcentaje de su participación en el capital social que alegó, y que, en caso de prosperar la demanda, dejarían dicho porcentaje reducido a una cifra inferior al 5% que la Ley exige para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas.

En el caso presente, resulta evidente que dicha demanda se interpuso con posterioridad a la presentación de la solicitud en el Registro Mercantil pues ni siquiera se alegó esta cuestión en el escrito de oposición con fecha de entrada de 2 de marzo de 2012, ni se ha aportado copia de su presentación en el Juzgado de lo Mercantil y, además, desde la interposición del recurso de alzada, han transcurrido más de ocho meses, sin que el recurrente haya aportado al expediente copia de la admisión a trámite de dicha demanda, tal como anunció en el recurso de alzada. Por tanto, que la sociedad no ha desvirtuado la legitimación del solicitante para instar el nombramiento de auditor de cuentas.

2.º Por lo que se refiere al ejercicio del derecho de información por el solicitante, cabe señalar que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.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 mante-

nido 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.* artículos 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 Y, por último, en cuanto a las intenciones del socio minoritario, este Centro Directivo ha mantenido que las determinaciones internas que le han llevado 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.* artículos 6 y 7 del Código Civil), siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador único de «Proyecciones y tratamientos superficiales, S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de las Palmas 6 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, 24 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Las Palmas.

Resolución de 25 de enero de 2013 (1.ª)

En el expediente 43/2012, 44/2012, 45/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Fernando T Terry y Galarza, S.L.», «Vinagres de Yema, S.L.» y «Criadores y Exportadores de Vinagre».

HECHOS

I

Don ….., doña ….. y don ….., presentaron un escrito el 3 de enero de 2012 dirigido al Registro Mercantil de Cádiz solicitando, como titulares conjuntos de más del 5% del capital social de «Fernando T Terry y Galarza, S.L.», «Vinagres de yema, S.L.» y «Criadores Y exportadores de vinagre» 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 2011.

II

Con fecha de 10 de enero de 2012, la Registradora Mercantil de Cádiz, a la vista de dicha instancia, así como del contenido del Registro, declaró la improcedencia de nombramiento de auditor solicitado por los socios, toda vez que fue presentado con anterioridad a la instancia el nombramiento de auditor de cuentas por parte de la sociedad a favor de don ….. y como auditor suplente a don ….. para el ejercicio 2011, resultante del documento pendiente de inscripción y calificado favorablemente. Finalizó su acuerdo comunicando a los solicitantes la posibilidad de recurrir en alzada su resolución ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado.

III

Contra dicha resolución don ….. interpuso 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 órgano social que debe proceder al nombramiento de auditor de cuentas es la Junta general, lo que en el caso presente no ha ocurrido. 2.º) Que el hecho de que la sociedad en cuestión no esté obligada a la verificación contable, no implica en modo alguno –como pretende la Registradora Mercantil –que el órgano de administración social pueda sustraer esta competencia de la Junta General. 3.º) Que la doctrina de la Dirección General en la que pretende basarse la Registradora es obsoleta y anticuada y, además, se refiere exclusivamente a la ley de Sociedades Anónimas, sin tener en cuentas que tanto la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada como la nueva ley de Sociedades de Capital, dejan perfectamente claro a qué órgano corresponde la competencia para nombrar y separar auditores. 4.º) Que, sin perjuicio de lo anterior, quieren dejar claro que el nombramiento de auditor se ha hecho de mala fe por el órgano de administración, puesto que los socios habían solicitado el nombramiento de un auditor de reconocido prestigio, en el contexto de una contienda judicial, relativa a la impugnación de cuentas y denuncias a los correspondientes órganos de administración social.

IV

Trasladado dicho escrito de interposición del recurso a la sociedad, don ….., en su condición de administrador único de las tres sociedad, presentó un escrito de alegaciones, en el que mantuvo: 1.º) Que ninguna de las sociedades está sujeta a la obligación de verificación contable. Ello no obstante, el órgano de administración decidió nombrar auditor de cuentas a don ….. y como auditor suplente a don ….. que aceptaron el referido encargo, siendo presentado

dicho nombramiento en el Registro Mercantil con anterioridad a que los socios minoritarios presentaran su instancia solicitando el nobramiento registral. 2.º) Que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas enerva el derecho de los solicitante siempre que se haya efectuado con anterioridad y que se garantice a los socios el informe de auditoría, lo que así ha ocurrido en el caso presente.

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 y 30 de noviembre de 2005.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar que, examinados los recursos interpuestos, procede acordar la acumulación de los procedimientos iniciados por don ….., doña …..y don ……, dado que existe identidad sustancial respecto a las sociedades a auditar e íntima conexión entre ellos (*cfr.* art. 73 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

2.º En cuanto a las cuestiones de fondo planteadas, respecto a la primera de ellas, cabe recordar a los recurrentes que las obligaciones determinadas en la Ley de Sociedades de Capital sobre la competencia, periodo de nombramiento y demás obligaciones formales relativas al nombramiento de auditores se dirigen, exclusivamente, a las sociedades que por ley están obligadas a la verificación contable, es decir, aquellas que deben presentar sus cuentas n el Registro Mercantil verificadas por un auditor de cuentas *(cfr.* artículo 263 y 264 de la Ley de Sociedades de Capital). Por el contrario, para las demás sociedades no rigen las mismas obligaciones, por ser el nombramiento de auditor un acto de carácter voluntario y tener la naturaleza jurídica propia de un acto de gestión y administración, siendo así que el administrador o el órgano de administración pueden considerar conveniente disponer de un informe de auditoría y proceder a la contratación de un auditor de cuentas.

3.º Por lo demás, procede confirmar en el presente expediente –y por su propio fundamento– la decisión adoptada por la Registradora Mercantil de Cádiz en lo que se refiere a la no procedencia del nombramiento de auditor solicitado, dado que, aunque efectivamente los socios minoritarios reúnen los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos para solicitarlo, su derecho ha quedado enervado al constar en el Registro Mercantil la previa presentación de los documentos en los que consta la designación de auditor y suplete y la aceptación de éstos, siendo calificados favorablemente. Como dicho nombramiento ha sido inscrito en el Regitro Mercantil de Cádiz ha quedado también garantizado el derecho de los socios al informe de auditoría de las cuentas

del ejercicio 2011, dado que la sociedad cuando presente en el Registro Mercantil las cuentas anuales de dicho ejercicio económico deberá de acompañarlas del informe realizado por el auditor designado o por el auditor suplente, el cual estará a disposición de quienes deseen conocer si la contabilidad social refleja o no la verdadera situación financiera y patrimonial de las empresas.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el nombramiento de auditor por la sociedad no es, ni mucho menos, incompatible con el nombramiento de auditor que pueda efectuar el Juez en el contexto de un proceso de impugnación de acuerdos sociales.

4.º Y, por último, en relación con la alegación de mala fe que atribuyen a la administración social, se ha de recordar la doctrina de 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.* artículos 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 los recursos de alzada interpuestos por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Cádiz el 10 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, 25 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Cádiz.

Resolución de 25 de enero de 2013 (2.ª)

En el expediente 54/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Viarubi Construcciones, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó el 24 de febrero de 2012 un escrito en el Registro Mercantil de Madrid 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 «Viarubi Construcciones, S.L.» El nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

A la vista de la anterior instancia, el Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 27 de febrero de 2012, acordó conceder al solicitante el plazo de diez días para que aportara los documentos en los que fundaba su legitimación, dado que ésta no resultaba del contenido del Registro, ni presentó junto con su instancia un principio de prueba de su legitimación.

III

Transcurrido en exceso el plazo señalado, el Registrador Mercantil de Madrid acordó, el 13 de marzo de 2012, desestimar la solicitud por no quedar acreditada la legitimación del solicitante, incumpliendo el requisito exigido por el artículo 351.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Contra dicha resolución don ….. interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis, que desaparecieron los documentos de la empresa, como se deduce de las manifestaciones realzadas por su administrador y contenidas en la copia del burofax: adjunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 71 y 79 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.

No puede prosperar en esta resolución la pretensión del firmante de la solicitud de auditoría y del presente recurso, dado que no ha aportado al expediente documento alguno del que resulte su condición de socio de la entidad mercantil «Viarubi Construcciones, S.L.», consecuentemente, no quedando acreditada la legitimación requerida por el artículo 265.2 de la Ley de Socie-

dades de Capital para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas, se ha de confirmar, por ajustada a derecho, la decisión del Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas para «Viarubi Construcciones, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid el 13 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, 25 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IV de Madrid.

Resolución de 25 de enero de 2013 (3.ª)

En el expediente 56/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «General de Inversiones Logarpe, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 8 de febrero de 2012, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, como titular de más del 5% del capital social de «General de Inversiones Logarpe, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas 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 el solicitante es administrador solidario de la compañía. 2.º) Que tiene en su poder las cuentas correspondientes a los ejercicios 2010 y 2011 (cuestas no presentadas), constando las de 2009 presentadas por el requirente. 3.º) Que el

20 de mayo de 2011 se celebró Junta General Extraordinaria, en la que el solicitante presentó su dimisión y se adoptaron los acuerdos de venta de vivienda sita en c/ Julián Hernández, Madrid; reconocimiento de deuda a don …..; destinar el producto de la venta de vivienda al pago de las deudas de la sociedad Gestoría Logarpe Franco Vargas, S.L. según las citadas escrituras, la solicitante de la auditoría es administradora solidaria de la sociedad. 3.º) Que pese a que dicha Junta general se celebró con el quórum necesario, no fue firmada y, por ello no procede el nombramiento de auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil número XV de Madrid resolvió, con fecha 23 de febrero de 2012, desestimó la solicitud formulada por la socia minoritaria. Tras señalar que reúne los requisitos de capital y tiempo para ejercitar el derecho, fundó su decisión en que el solicitante, además de socio, es administrador solidario. En este punto cabe señalar que es doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que la condición de administrador en un socio no le impide el ejercicio de un derecho que le corresponde como tal, salvo que gestionase en exclusiva los asuntos sociales y, por tanto hubiese podido por si solo encargar directamente la auditoría. En el caso que nos ocupa, consta de los archivos del Registro que la sociedad se rige por dos administradores solidarios, lo que significa que cualquiera de ellos podía haber encargado por sí solo la auditoría de las cuentas, sin impedimento alguno. Por tanto, don Pedro López González, como administrador solidario de la sociedad, queda privado del derecho que como socio le corresponde a solicitar al Registro Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas. La segunda cuestión es la posesión del solicitante de las cuentas anuales de los ejercicios 2010 y 2011, no estando presentadas en este Registro, y que las cuentas anuales del ejercicio 2009 se presentaron por dicho solicitante. En cuanto a ello, es doctrina de la Dirección General que entre las obligaciones de los administradores se encuentra la de formular cuentas anuales, obligación que ha de interpretarse en el contexto del artículo 225 del Capítulo de III del Título VI de Ley de Sociedades de Capital, relativo al deber de diligente administración, conforme al cual los administradores desempeñaran 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 estos estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

IV

Contra dicha resolución don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que tal como señaló el administrador de la sociedad en el escrito de oposición, en la Junta General Extraordinaria y Universal comparecieron todos los socios y, entre otras cuestiones se planteó la dimisión del solicitante como administrador solidario. 2.º) Que una vez producida su dimisión, el único administrador es el firmante del escrito de oposición social, don ….. y el único que tiene facultades para ejecutar los acuerdos sociales. 3.º) Que el Registrador Mercantil hizo una interpretación errónea de las alegaciones formuladas en el escrito de oposición, en particular cuando se alegó que el solicitante era administrador solidario. 4.º) Que la inscripción del cese o nombramiento de administradores tiene carácter declarativo, siendo así que el cese o dimisión tiene efectos desde que la Junta general lo acuerda y queda reflejado en la correspondiente acta. 5.º) Que don …..

elevó a públicos algunos de los acuerdos adoptados en aquella Junta pero no el relativo a su dimisión como administrador social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 42 del Código de Comercio, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2005 y, como más recientes, la de 9 de diciembre de 2008 y la de 21 de abril de 2009.

La única cuestión que platea el presente recurso se centra en determinar si el socio que ostentó la condición de administrador solidario de la compañía puede o no solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas anuales del último ejercicio vencido.

Sobre esta cuestión, este Centro Directivo ha mantenido que el hecho de que el socio minoritario ostente la condición de administrador social no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, propietario de un porcentaje de capital social no inferior al 5%. Esta incompatibilidad solo existiría 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, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunada, pues en este caso habría tenido que contar con el consentimiento de los demás *(cfr.* 1692 del Código Civil).

En el caso presente, alega el recurrente que presentó su dimisión a la Junta general Extraordinaria de 20 de mayo de 2011 y, por tanto, al tiempo de presentar su solicitud en el registro mercantil ya no ostentaba el cargo de administrador. Si embargo, se ha de indicar que, a diferencia de lo que ocurre con el cese de administrador/res, la dimisión debe ser aceptada por la Junta general para que produzca sus efectos, siendo esto, precisamente, lo que no consta en la documentación obrante en el expediente, de tal manera que para el Registro Mercantil la sociedad se rige por un sistema de administración solidaria y desempeñan el cargo de administradores don ….. y el solicitante de la auditoría de cuentas.

Por tanto, procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid, pues no se estima conforme a derecho desencadenar una actividad registral, administrativa, o judicial con el fin de obtener lo que ha estado en la capacidad de quien lo solicita y dentro de su esfera de actuación personal.

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

resolución dictada por el Registradora Mercantil número XV de Madrid el 23 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, 25 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XV de Madrid.

Resolución de 25 de enero de 2013 (4.ª)

En el expediente 57/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ediciones Muestras y Motivos, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, 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 «Ediciones Muestras y Motivos, 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 representante, doña ….. y don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: que la Junta general de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo tal como se acredita en la documentación adjunta.

III

A la vista de dicho escrito, la Registradora Mercantil número VI de Madrid, con fecha de 22 de febrero de 2012, concedió a la sociedad el plazo de diez días para que aportaran documentos originales y la fecha fehaciente de nombramiento. A dicho requerimiento la

sociedad contestó adjuntando copia simple de la escritura de nombramiento de auditor, autorizada por el Notario de Madrid, el 1 de marzo de 2012, bajo el número 301 de su protocolo, así como copia de la aceptación de los auditores y copia del resguardo de la presentación para inscripción de la documentación relativa al nombramiento y aceptación de auditores.

IV

Por resolución de 15 de marzo de 2012, la Registradora Mercantil número VI 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, si bien la fecha del nombramiento acredita la anterioridad de éste, la primera fecha fehaciente que consta en el escrito de aceptación del auditor es la de la legitimación notarial de la firma, el 29 de febrero de 2012, siendo ésta posterior a la fecha de presentación e la instancia en el Registro Mercantil *(cfr.* artículos 1227, 1261 y 1262 del Código Civil) No cumpliéndose el primer requisito esa intrascendente acreditar el cumplimiento del segundo.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que el informe de auditoría se ha incorporado al expediente y este hecho, junto con la documentación aportada por la sociedad acreditan el nombramiento voluntario de auditor de cuentas.

VI

El 23 de noviembre de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un nuevo escrito de alegaciones presentado por la sociedad, en el que manifestaba que ya se habían presentado en el registro mercantil las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011, verificadas por el auditor de cuentas 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 Resolucio-

nes 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 necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, no ha acreditado que la contratación del auditor fuera anterior a la solicitud de la socia minoritaria, dado que la aceptación del auditor nombrado solo puede hacer prueba de a la fecha cuando su firma fue legitimada por el Notario el 29 de febrero de 2012, la cual es posterior a la de 1 de febrero de 2012, fecha en la que la solicitante presentó su instancia en el Registro Mercantil. Consecuentemente, el nombramiento voluntario de auditor de cuentas no ha podido, en esta ocasión, enervar el derecho de la socia minoritaria.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe de la solicitante, por el hecho de entender necesaria la auditoría, dado que, como ha mantenido este Centro Directivo, el limitado ámbito de conocimiento atri-

buido 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.* artículos 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 ….. y don ….., administradores de «Ediciones muestras y motivos, S.A.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil número VI de Madrid el 15 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, 25 de enero de 2013.–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 2013 (5.ª)

En el expediente 61/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Iniziativas Internet, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. y doña ….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Zaragoza, el 6 de marzo 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 «Iniziativas Internet, 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 día 16 de diciembre de 2011 y ante el Notario D. Juan Pardo Defez, del Ilustre Colegio Notarial de Aragón que levantó acta, se celebró la Junta general de la sociedad, a la que no asistieron las solicitantes de la auditoría de cuentas. 2.º) Que entre otros acuerdos se adoptó el de reducción a cero de capital social y aumento del mismo hasta un máximo de 40000 euros, respetando las proporciones que marca la ley. 3.º) Que, en consecuencia con dicho acuerdo, se contrató a un auditor de cuentas, don ….., en el mes de diciembre de 2011, tal como consta en el documento presentado el 26 de marzo de 2012. En el momento presente el auditor tiene el informe, prácticamente, concluido. 4.º) Que las solicitantes de la auditoría de cuentas citaron como causa de la petición la ausencia de un informe de auditoría. Por tanto, en atención a lo expuesto, es innecesario el nombramiento de un nuevo auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil número II de Zaragoza, con fecha 27 de marzo de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que las solicitantes reunían los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurre ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para enervar el derecho del socio minoritario al informe de auditoría de cuentas. Dichas condiciones son dos, 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, parece que existe un acuerdo social de nombramiento voluntario de auditor para la realización de una operación acordeón anterior a la solicitud de las socias minoritarias. Dicho nombramiento no ha sido presentad a inscripción en el Registro mercantil. La Dirección General de los Registros y del Notariado permite la enervación del derecho del socio por la auditoría voluntaria contratad por la sociedad cuando el nombramiento de auditor ha sido inscrito en el Registro Mercantil *(cfr.* Resoluciones de 2 de diciembre de 1998, 12 y 17 de enero de 2007) Por ello, la manifestación de entrega del informe de auditoría a las socias minoritarias, realizada por los administradores, no garantiza el derecho de las solicitantes al informe de auditoría de las cuentas 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. Añadió que la sociedad se encuentra en una grave situación económica.

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 17 de octubre de2012 (BOE 269/2012, de 8 noviembre 2012) y de 25 de febrero de 2012, (BOE 76/2012, de 29 marzo 2012).

No puede prosperar en esta resolución la alegación formulada por la sociedad recurrente. En efecto, se ha de señalar que el nombramiento de auditor al que alude, contratado para dar cumplimiento al acuerdo de reducción y aumento simultáneo de capital social, que se adoptó en la Junta General celebrada el 16 de diciembre de 2011, no puede en ningún caso confundirse con el informe de auditoría de las cuentas anuales que es lo solicitado por las socias minoritarias. El obligado informe del balance previo al acuerdo indicado, informe necesario para inscribir en el Registro Mercantil la escritura pública que lo instrumentaliza, solo se refiere al balance cerrado, al menos, seis meses antes de la celebración de la Junta general en la que se adopta *(cfr.* artículo 323 de la Ley de Sociedades de Capital). Por el contrario, el informe de auditoría al que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital cuando reconoce este derecho del socio minoritario es el informe de verificación de todas las cuentas anuales del último ejercicio económico vencido, es decir, balance, cuenta de perdidas y ganancias, propuesta de aplicación de resultados y memoria explicativa del ejercicio.

En el caso presente, la sociedad solo ha acreditado que en esa misma Junta General de la que levantó acta D. Juan Pardo Defez, Notario del Ilustre Colegio Notarial de Aragón, se acordó nombrar auditor con el fin de realizar la operación acordeón prevista, pero lo que no acredita es que ese mismo auditor sea el que verifique las cuentas correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2011 que es, en definitiva, los que solicitan las socias minoritarias.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ……, en nombre y representación de «Iniziativas Internet, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número II de Zaragoza el 27 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, 25 de enero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XII de Zaragoza.

Resolución de 28 de enero de 2013 (1.ª)

En el expediente 58/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Karlizan, S.L. en liquidación».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 27 de febrero de 2012 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 sociedad no se encuentra incluida en los supuestos previstos en el artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital de revisión obligatoria de cuentas anuales. 2.º) Que los liquidadores están haciendo gestiones para contratar al auditor al precio más económico posible. 3.º) Que la sociedad se encuentra en una situación de falta de liquidez, por lo que le resulta difícil afrontar los gastos de auditoría.

III

El Registrador Mercantil número XIV de Madrid, con fecha 23 de marzo de 2012, 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 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. Finalizó su acuerdo manteniendo, en cuanto a la situación de falta de liquidez alegada por la empresa, que por expresa disposición del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, los gastos de auditoría corren siempre 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 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, 30 de junio de 2010 y 28 de febrero de 2012.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid, que no hace sino recoger la doctrina sentada por este Centro Directivo. En efecto, no 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.

2.º Tampoco puede prosperar a alegación relativa a la imposibilidad de la sociedad para hacer frente a los gastos de auditoría, pues el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone taxativamente 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. Dado que dicho precepto no 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 del socio minoritario a la verificación contable del ejercicio 2011.

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 el Registrador Mercantil número XIV de Madrid el 23 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 recla-

mación administrativa, de conformidad con 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 enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VI de Madrid.

Resolución de 28 de enero de 2013 (2.ª)

En el expediente 59/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Pegop Servicios Ópticos, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Vizcaya el 12 de febrero de 2012 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 «Pegop Servicios Ópticos, 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: 1.º) Que siempre se ha facilitado a la solicitante toda la documentación fiscal y contable, por lo que no tiene sentido la solicitud de auditoría de cuentas. 2.º) Que la peticionaria solicitó judicialmente una Junta General que le fue denegada por Auto del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao 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 solicitado.

III

El Registrador Mercantil de Vizcaya, con fecha 21 de marzo de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, al entender que ninguno de los motivos de oposición pueden 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 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.

No puede prosperar, frente al fundamento de la resolución recurrida, la alegación del recurrente. En efecto, 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 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 (Cf. artículos 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 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, significándo-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Vizcaya.

Resolución de 28 de enero de 2013 (3.ª)

En el expediente 62/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Motivals Negocios, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia el 24 de febrero 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 «Motivals Negocios, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su presidente don ….., se opuso a dicha pretensión alegando que mediante documento privado de 8 de julio de 2011, protocolizado el día 12 de julio del mismo año, la solicitante de la auditoría transmitió la totalidad de sus participaciones sociales, por lo que no queda debidamente acreditada su condición de socia.

III

El Registrador Mercantil número V de Valencia, con fecha 13 de marzo de 2012, acordó desestimar la oposición de la sociedad por reunir la solicitante las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige, sin que pueda prosperar la alegación de falta de legitimación formulada por la sociedad, ya que, según ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, es suficiente con que el socio 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 supuesto de este expediente, el solicitante ha aportado el requerido principio de prueba –datos registrales– no desvirtuados por la sociedad, dado que la protocolización de un documento privado, no le convierte en público dicho documento y, consecuentemente, exigiendo el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital la transmisión en documento público, no puede entenderse ejecutada y, por tanto, la socia conserva dicha legitimación en el momento de presentar su solicitud.

IV

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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 de 2006, 17 de mayo de 2007 y 27 de abril de 2010.

El presente expediente plantea como única cuestión la relativa a la forma de acreditar el socio su legitimación y, como contrapartida, la 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 –artículo 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 la solicitante un principio de prueba: la invocación a los datos registrales de la sociedad (artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil), sin que la

sociedad, por su parte, haya aportado prueba que demuestre suficientemente que ha perdido su condición de socia, pues se ha limitado a aportar al expediente copia simple de protocolización de un contrato privado de transmisión de participaciones sociales, instada por don ….., representante de la sociedad. Como bien indica el acuerdo recurrido, dicha protocolización no puede equipararse ni suplir la exigencia legal de escritura pública para la transmisión de participaciones sociales *(cfr.* artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital) y, en consecuencia, la sociedad no ha desvirtuado la legitimación de la solictante que resulta del contenido del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., presidente de «Motivals Negocios, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número V de valencia el 13 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, 28 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número V de Valencia.

Resolución de 28 de enero de 2013 (4.ª)

En el expediente 64/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Algón Editores, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Granada el 20 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 más del 5% del capital social de «Algón Editores, S.L.», y no encontrarse la sociedad incluida en los supuestos legalmente establecidos de revisión obligatoria de las cuentas anuales e informe de gestión, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que consta designado auditor por el Registro Mercantil de Granada, para el ejercicio de 2010, y firmado contrato con el mismo, de acuerdo con las normas de aplicación, sin que a la fecha del escrito de oposición conste que se haya emitido informe de auditoría, no habiéndose formulado ni aprobado las cuentas anuales de dicho ejercicio, por lo que es materialmente imposible atender al requerimiento de auditor las cuentas anuales del ejercicio de 2011, sin disponer el auditor de la información relativa a las cuentas anuales del ejercicio anterior. 2.º) Que el socio solicitante fue el administrador de hecho de la sociedad en el mismo periodo para el que solicitó la auditoría de cuenta. 3.º) Que, asimismo, el Sr. Ceballos Atienza, fue excluido de la sociedad por acuerdo de una mayoría de dos tercios de los socios en una Junta general celebrada el 21 de marzo de 2011, exclusión que sólo tiene pendiente la resolución firme confirmatoria del acuerdo por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada, y por tanto, de confirmarse judicialmente su pérdida de condición de socio, la limitación de sus derechos habría que retrotraerla a la fecha de celebración de la Junta General citada, la cual es anterior a la petición ante el Registro Mercantil de Granada.

III

A la vista de dicho escrito, con fecha de 31 de enero de 2012, el Registrador Mercantil de Granada requirió a la sociedad para que aportara documentación acreditativa de que hay pendiente una resolución firme confirmatoria del acuerdo de exclusión del socio solicitante y para que, en su caso, alegue que lo que tenga por conveniente. Así lo hizo la sociedad que, el 15 de febrero de 2012, aportó al expediente aporta un certificado del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada de fecha 10 de febrero de 2012, del que resulta y transcribiendo literalmente su contenido: «Que en los autos de Juicio Ordinario seguidos ante este Juzgado con el número de registro 365/2011 se presentó, por la entidad «Algon Editores, S.L.», demanda con fecha de entrada en el Registro General del Decanato de los Juzgados de Granada, 10 de mayo de 2011, admitida a trámite por Decreto de fecha 5 de Julio de 2011».

IV

El 12 de marzo de 2012, tuvo entrada en el Registro Mercantil de Granada un escrito de alegaciones efectuado por el Sr. ….., de fecha 7 de febrero de 2012, debidamente firmado, por correo certificado, en el cual formula alegaciones al escrito de oposición formulado por la Administradora Única, Doña Susana Garrido López, manteniendo. 1.º) Que no se haya emitido aún el informe de auditoría del ejercicio de 2010, no obsta a que se realice el de 2011, toda vez que cuando se emita el de este último ejercicio con toda seguridad estará emitido el del año anterior. 2.º) Que en cuanto a la exclusión del socio solicitante, al ser titular de más de un 25% del capital social, de conformidad con el artículo 352.2 de la LSC, requiere, además del acuerdo de exclusión, una resolución judicial firme que otorgue efectividad a dicho acuerdo de exclusión, por lo que en tanto no recaiga la misma, el socio en proceso de exclusión conserva todos sus derechos, entre ellos el de designar auditor en los términos del artículo 265.2 de la LSC.. 3.º) Que, en el caso presente, lejos de estar pendiente de resolución judicial firme, no ha recaído siquiera sentencia en primera instancia, estando señalada la audiencia previa del juicio para el próximo día 5 de noviembre de 2012, lo que se acredita mediante copia de la diligencia de ordenación de 2 de diciembre de 2011.

V

El Registrador Mercantil de Granada, con fecha 15 de marzo de 2012, acordó estimar la solicitud formulada por el socio minoritario. Mantuvo que el derecho del socio minoritario es independiente para cada ejercicio, no siendo obstáculo para su ejercicio, ni el cierre de hoja por falta de depósito de cuentas (RDGRN de 30 de agosto de 2002), ni la alegación de que no se han formulado aún las cuentas y, por tanto, no hay nada que auditar, según doctrina reiterada de la DGRN, es un derecho que la Ley reconoce al socio que reúna los requisitos de legitimación, en cuanto a la titularidad de un mínimo de un 5% del capital social, y tiempo de presentación de la solicitud que se dice en el artículo 265.2 de la LSC, sin que puedan exigirse otros requisitos adicionales no previstos por la ley. Por lo que se refiere a la exclusión de socios, regulado en los artículos 350 y ss del TRLSC, se trata de un recurso sancionador de carácter excepcional, que se da en el seno de las sociedades de capital y que consiste básicamente en la resolución parcial del contrato social mediante la salida forzosa del socio que ha incumplido alguna de las reglas contractuales básicas. La excepcionalidad del procedimiento es tal que cuando el socio excluido ostenta una participación superior al 25% del capital social y no se conforma con la exclusión, se precisa resolución judicial firme sobre la cuestión, no siendo suficiente el acuerdo social mayoritario, como claramente establece el apartado 2 del artículo 352 de la LSC. 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 inicio del iter jurídico que concluirá con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública en la que se dé cumplimiento a lo previsto en los artículos 350 y siguientes del TRLSC 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. Que en el expediente que nos ocupa, resulta acreditado la existencia del juicio ordinario 365/2011, tramitado ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada, en el que se presentó demanda con fecha de entrada 10 de mayo de 2011, admitida a trámite con el 5 de julio de 2011, según certificado emitido con fecha 10 de febrero de 2012 emitida por dicho Juzgado, si bien según el documento aportado por el Sr. Ceballos Atienza, Diligencia de Ordenación del Secretario del referido Juzgado, se tiene a la parte demandada por comparecida y contestada a la demanda, por lo que, cumplidos los trámites del artículo 414.1 de la LEC, se convoca a las partes a la audiencia previa al juicio, lo que se hace para el 5 de noviembre de 2012, por lo que a esta fecha, no hay resolución alguna al respecto, ni siquiera no firme, ya que dicha audiencia, según el artículo citado, se lleva a cabo, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales, y fijar su objeto, de tal manera que no queda cumplido el requisito exigido en el artículo 352.2 de la LSC. ya que según el citado precepto, se requerirá además, del acuerdo de exclusión, resolución judicial «firme», siempre que el socio no se conforme con la exclusión acordada.

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 reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que, aún cuando no ha recaído resolución judicial del Juzgado de lo mercantil número 1 de Granada, no obstante la petición de auditoría pretende entorpecer la gestión social.

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 29 de junio de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Granada que, siendo ajustada a derecho, no es desvirtuada por ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. El hecho de que el socio minoritario haya solicitado la auditoría de cuentas para la verificación de las correspondientes al ejercicio 2010, no impide en modo alguno que pueda solicitarla en ejercicios posteriores y ello aunque dichas cuentas no hayan sido formuladas por los administradores ni aprobadas por la Junta, dado que el auditor de cuentas siempre podrá verificar si la contabilidad social se ha llevado o no de manera ajustada a derecho. Es decir, como ha mantenido este Centro Directivo en numerosas resoluciones, el derecho reconocido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es un derecho reiterable y que puede ejercitarse anualmente.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación societaria que cuestiona la legitimación del solicitante, en base al acuerdo de exclusión adoptado por la Junta General celebrada el 21 de marzo de 2011, dado que dicho acuerdo no basta por sí solo para excluir al socio, sino que inicia un procedimiento que precisa una resolución judicial firme, siempre que el socio que ostente la propiedad equivalente al 25% de capital social, no se conforme con la exclusión acordada. Dicho procedimiento continúa con la valoración aproximada de sus participaciones y culmina con la consignación de las cantidades que debe reembolsarle en concepto de precio y otorgamiento de escritura pública, en los términos previstos en el artículo 358 de la Ley de Sociedades de Capital. Mientras todas estas circunstancias no se cumplan y se acrediten, el peticionario continúa siendo socio, en tanto que sigue siendo propietario de las participaciones que alegó y está legitimado a solicitar la auditoría, porque ostenta un porcentaje de capital social equivalente al 25%.

3.º Respecto a la supuesta mala fe del solicitante, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que llevan al socio a formular su petición de auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(cfr.* artículos 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 por-

que, 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 doña ….. de «Algón Editores, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Granada de 15 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, 28 de enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Granada.

Resolución de 29 de enero de 2013

En el expediente 63/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Celestino Gómez Parra, S.A.».

HECHOS

I

D….., en nombre y representación de don ….. y don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Córdoba el 7 de marzo de 2012, 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 «Celestino Gómez Parra, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través del Secretario del Consejo de Administración don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que don ….., carece de poder suficiente y bastante para representar a los socios solicitantes pues solo aporta un poder general para pleitos, pero no un poder especial para actuar ante el Registro Mercantil. 2.º) Que los solicitantes están en mora en el pago de dividendos y, por tanto, no pueden ejercitar el derecho a la verificación contable.

III

El Registrador Mercantil de Córdoba, con fecha 27 de marzo de 2012, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que el procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas se ventila por un procedimiento de naturaleza administrativa que, por esencia, permite la representación, siendo el poder general para pleitos el instrumento adecuado para acreditarla. Cualquier limitación a un derecho individual debe estar expresamente consignada en la ley, lo que no sucede tratándose de acciones parcialmente desembolsadas. De un lado ni la ley ni el Reglamento matizan que el porcentaje de capital social haya de ser calculado prescindiendo de la parte no desembolsada. De otra parte, existen razones en la ley para identificar en el ejercicio del derecho aquí pretendido los efectos derivados de la tenecia de acciones, prescindiendo de que estuviesen o no íntegramente desembolsadas la ley le confiere al titular la condición de socio a quien sea titular de la acción.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición y añadiendo que la intención última de los socios no es tener la opinión de un experto independiente sino la de crear un perjuicio económico a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la decisión adoptada por el Registrador Mercantil de Córdoba, frente a la cual no pueden prosperar ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Por lo que se refiere a la representación del firmante de la instancia, del que se trasladó una fotocopia junto con ésta a la sociedad para que pudiera ejercer el derecho de oposición al nombramiento solicitado, cabe señalar que conforme al artículo 32 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para tenerla por válida, basta acreditar la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna. Dicha constancia ha quedado patente en este expediente mediante el poder general, aportado por don ….. para actuar en nombre y representación de don ….. y don …

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la legitimación de los solicitantes de la auditoría de cuentas en base a la falta de desembolso del precio total de las acciones. Y ello por que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital solo condiciona el ejercicio del este derecho a que el/los solicitantes reúnan las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas. Ambas condiciones concurren en el presente expediente, tal como resulta de la documentación adjunta a la solicitud de auditoría y de los datos que constan en el Registro Mercantil en la hoja abierta a la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., Secretario del Consejo de Administración de la entidad mercantil «Celestino Gómez Parra, S.A.», y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Córdoba de 27 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 enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Córdoba.

Resolución de 1 de febrero de 2013 (1.ª)

En el expediente 60/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Elements Comunicación Interactiva, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Vizcaya el 7 de marzo de 2012 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 «Elements Comunicación Interactiva, 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: 1.º) Que el solicitante, a pesar de haber sido debidamente convocado, no asistió a la Junta general de socios. 2.º) Que la sociedad no ha convocado la Junta General que deberá aprobar las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

III

El Registrador Mercantil de Vizcaya, con fecha 15 de marzo de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, al entender que, el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos.

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 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 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 cuanto a la falta de asistencia del solicitante a las Juntas generales convocadas, se ha de recordar al recurrente 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– y, 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 Tampoco el hecho de que no haya sido convocada la Junta general para la aprobación de las cuentas anuales puede impedir el ejercicio del derecho a la verificación contable pues, de entre las muchas finalidades que puede

cumplir el informe de auditoría 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. Aún siendo importante, ésta no es la única función que puede cumplir el informe de auditoría, sino que, también, puede servir para exigir, a la vista del mismo, responsabilidades a los administradores sociales por su gestión o, incluso, la de permitir al socio adoptar las decisiones que considere oportunas sobre su permanencia en la sociedad. En otras palabras, es un complemento del derecho de información del socio, al permitirle conocer la opinión de un auditor de cuentas, ajeno a la empresa, sobre la verdadera situación patrimonial y financiera de ésta.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., administradora única de «Elements Comunicación Interactiva, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Vizcaya el 15 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, 1 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Vizcaya.

Resolución de 1 de febrero de 2013 (2.ª)

En el expediente 65/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos accionistas de «Sociedad Bilza, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Vizcaya el 8 de marzo de 2012 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 capital de

«Sociedad Bilza, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando conculcación de la buena fe, extralimitación subjetiva en el ejercicio del derecho, extralimitación objetiva, resultar contraria al interés social y, finalmente realizada en fraude de ley.

III

El Registrador Mercantil de Vizcaya, con fecha 21 de marzo de 2012, acordó inadmitir la oposición de la sociedad y proceder al nombramiento solicitado.

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

Con fecha 16 de noviembre de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Vizcaya al que adjuntó un escrito firmado por Doña Itziar Leguina Aurrechoechea solicitante de la auditoría de cuentas, renunciando a su solicitud de auditoría de cuentas del ejercicio 2011.

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 y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor instado por Doña Itziar Leguina Aurrechoechea para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2011 de «Sociedad Bilza, 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, 1 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Vizcaya.

Resolución de 1 de febrero de 2013 (3.ª)

En el expediente 66/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos accionistas de «Casa Vasca, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Vizcaya el 8 de marzo de 2012 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 capital de «Casa Vasca, S.A.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la solicitante de la auditoría no justifica su condición de socia ni su participación en el capital social necesaria para ejercer el derecho. 2.º) Que su petición no es más que conculcación de la buena fe, extralimitación subjetiva en el ejercicio del derecho, extralimitación objetiva, resultar contraria al interés social y, finalmente realizada en fraude ley.

III

El Registrador Mercantil de Vizcaya, con fecha 21 de marzo de 2012, acordó inadmitir la oposición de la sociedad y proceder al nombramiento solicitado.

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

Con fecha 16 de noviembre de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Vizcaya al que adjuntó un escrito firmado por Doña Itziar Leguina Aurrechoechea solicitante de la auditoría de cuentas, renunciando a su solicitud de auditoría de cuentas del ejercicio 2011.

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 y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor instado por Doña Itziar Leguina Aurrechoechea para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2011 de «Casa Vasca, 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, 1 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Vizcaya.

Resolución de 4 de febrero de 2013 (1.ª)

En el expediente 67/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Autos Alemán 2005, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria el 7 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades

de Capital, como titular de más del 5% del capital social de «Autos Alemán 2005, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de sus administradores, don ….. don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación de las cuentas anuales. Asimismo, la solicitante de la auditoría de cuentas ha tenido en todo momento acceso a la información contable de la sociedad. 2.º) Que la solicitud responde a móviles distintos de los alegados, pues la solicitante es hermana de los administradores de la compañía y desde hace meses está realizando actuaciones coercitivas a fin de que adquieran sus participaciones sociales en condiciones poco favorables. 3.º) Que, por tanto, su petición obedece a espúreas intenciones, imponiendo a la sociedad a hacer frente a unos gastos que n le corresponden. 4.º) Que, en el caso de que se designe auditor de cuentas, quede condicionado a que la solicitante realice una provisión de fondos de dieciocho mil euros en concepto de fianza que cubra los daños y perjuicios ocasionados.

III

El Registrador Mercantil de Las Palmas, con fecha 22 de marzo de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Mantuvo, resumidamente que 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 en las peticiones de nombramiento de auditor, encausadas por la vía del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital precisen 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 numerosas resoluciones, por ser cuestiones éstas que escapan al ámbito de la calificación registral, de conformidad con los artículos 6 y 58 del Reglamento del Registro Mercantil, y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de Mayo de 1991, entre otras. Siendo además la solicitud de la auditoría compatible con el ejercicio de los socios de su derecho de información, conforme estableció la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 13 de Mayo de 1995, pues el interés que persigue el artículo 265.2.º 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. Por lo que se refiere a las restantes alegaciones, señaló que el apartado 1º 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 nunca han sido discutidas por la sociedad, no siendo competencia del Registrador Mercantil calificante entrar a dilucidar sí se produce o no un abuso en el ejercicio de un derecho o un fraude Ley, cuestiones éstas ajenas al ámbito de la calificación Registral. Así lo viene reiterando la Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas Resoluciones entre las que podemos citar; la de 1 de Octubre de 1999 que establece que no cabe negar a los socios minoritarios que cumplan los requisitos del artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, el derecho a nombramiento de auditor, pues las alegaciones por parte de la sociedad de abuso del derecho, no pueden examinarse en este procedimiento, quedando además expedita la vía jurisdiccional civil sobre reparación de los posibles perjuicios ocasionados por los socios minoritarios. En cuanto a los gastos que la auditoría comporta, y la petición de una fianza, tampoco sirven como motivos de oposición debido a que la dicción del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no tiene posibilidad interpretativa alguna y los gastos de la auditoría tienen que ser a cargo de la sociedad. Así se recoge en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de Octubre de 1999 que además incide en lo establecido en la de 15 de Octubre del mismo año, esto es, en la obligación de la sociedad y no del socio minoritario del pago de los honorarios del auditor.

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, 4 de octubre, 23 y 26 de noviembre de 2005, 19 de junio de 2007 y 22 de octubre de 2010.

1.º No pueden prosperar en el presente expediente ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso. En cuanto al acceso que tuvo la solicitante de la auditoría a las cuentas anuales de 2010, este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento

de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Frente a la alegación de la sociedad que cuestiona la buena fe 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.* artículos 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 prosperar su alegación relativa a la inexpresión de la causa en el escrito de solicitud, puesto que como también ha mantenido esta Dirección general, en este tipo de peticiones fundadas en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas que establece un cauce legal para que los socios minoritarios de la sociedades mercantiles no obligadas por Ley a la verificación contable puedan solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento registral de auditor, es indiferente la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada, dado que ésta es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa.

4.º Por último, 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, ni la petición de fianza a prestar por la peticionaria, puesto que el legislador ha dispuesto, con carácter taxativo, y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….. y don ….., administradores de «Autos Alemán 2005, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Las Palmas el 22 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, 4 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Las Palmas.

Resolución de 4 de febrero de 2013 (2.ª)

En el expediente 68/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «AF Asesores Inmobiliarios Complutense, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó el 27 de marzo de 2012 un escrito en el Registro Mercantil de Madrid solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y como titular de un número de participaciones sociales superior al 5% del capital social de «AF Asesores Inmobiliarios Complutense, 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

A la vista de la anterior instancia, el Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 2 de abril de 2012, acordó desestimar la solicitud de auditoría, dado que los socios de sociedad anónima, de responsabilidad limitada o de sociedad comanditaria 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, siempre que representen, al menos, el 5 por 100 del capital social y no hayan transcurrido 3 meses desde la fecha de cierre del ejercicio a auditar. Consultados los archivos de la sociedad resulta que el artículo vigésimo noveno establece que el ejercicio social finalizará el 30 de diciembre de cada año.

III

Contra dicha resolución don ….. interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis que por un error meramente material indicó en su instancia el año 2010 en vez del año 2011. Finalizó su escrito solicitando fuera subsanado el error.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 71 y 79 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 144, 152 y 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

La cuestión que plantea el presente recurso se centra en determinar si el ejercicio económico para el que se solicitó la auditoría en la instancia presentada en el Registro Mercantil de Madrid podría haber sido subsanada antes de la resolución que la desestimó.

Sobre el procedimiento aplicable a este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil este Centro Directivo ha mantenido que en todo lo no previsto por el Reglamento del Registro Mercantil es aplicable la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, cuyo artículo 71 prevé el trámite de subsanación y mejora de la solicitud, siendo así que a la vista de la imposibilidad legal de estimar la auditoría de cuentas para el año 2010, el Registrador Mercantil debió haber citado al solicitante advirtiéndole de esta condición exigida por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para que, en caso de error material, pueda subsanarlo en un breve plazo concedido al efecto, antes de continuar la tramitación del expediente o, en el supuesto de que, finalmente, no lo subsane desestimar su petición.

Como quiera que, en el caso que nos ocupa, el Registrador Mercantil no practicó el referido trámite y tampoco continuó la tramitación de la solicitud, pudiendo originar indefensión en el solicitante, procede retrotraer el expediente, entendiendo subsanado en este trámite de alzada el error referido al ejercicio económico a auditar que, obviamente, a la luz de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, no puede ser otro que el último ejercicio vencido.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto retrotraer el expediente al momento previó al traslado de la instancia a la sociedad para que pueda formular su oposición, dando por subsanado la indicación relativa al ejercicio económico para el que se solicitó la auditoría de cuentas.

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

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 4 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XVI de Madrid.

Resolución de 4 de febrero de 2013 (3.ª)

En el expediente 69/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Vivisur Proyectos Inmobiliarios, S.L. en liquidación».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 9 de marzo de 2012 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 «Vivisur Proyectos Inmobiliarios, S.L., en liquidación», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de sus administradores, don ….. y don ….., se opusieron a dicha pretensión alegando, en síntesis que la solicitante de la auditoría de cuentas solicitó el nombramiento registral de auditor desde 2010 y en el momento presente, como consecuencia de la grave situación por la que atraviesa la compañía, la sociedad carece de liquidez para hacer frente a los costes del auditor, debe ser el solicitante que tiene toda la documentación en su poder quien debe hacer frente a los gastos de la auditoría.

III

La Registradora Mercantil número I de Madrid, con fecha 28 de marzo de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, por entender que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital solo exige al socio minoritario reunir los requisitos de capital y tiempo, disponiendo expresamente que los gastos de la auditoría deben correr por cuenta de la sociedad. Finalizó su acuerdo manteniendo que de los datos que constan en el Registro se desprende que los únicos administradores mancomunados son los firmantes del 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 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 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 la socia minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2010.

2.º Tampoco el hecho de que el solicitante haya instado la auditoría de cuentas para el año 2010, anterior al presente ejercicio, debe ser entendido como un obstáculo para que vuelva a solicitarla el ejercicio siguiente pues, como ha mantenido esta Dirección General en numerosas resoluciones, este derecho tiene un periodo de caducidad de tres meses contados desde el cierre del ejercicio económico y, por tanto, es un derecho que puede reiterarse anualmente.

3.º Por último señalar que los preceptos de la Ley y del Reglamento del Registro Mercantil que reconocen y regulan el derecho a solicitar el nombramiento registral de auditor solo exigen dos condiciones: la de legitimación o porcentaje de capital social que ostenta el/los solicitante de la compañía; y la de tiempo que no es más que el periodo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio anterior que tienen los socios para presentar su instancia en el Registro Mercantil. Siendo la primera de estas condiciones una exigen-

cia del mínimo de capital para instar la auditoría, nada obsta a que puedan solicitarla quienes ostenten un porcentaje mayor, incluso, del que ostentan los demás socios.

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.», en liquidación» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número 1 de Madrid el 28 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.

Resolución de 4 de febrero de 2013 (4.ª)

En el expediente 71/2012 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Cocinas MYC, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Segovia el 30 de enero de 2012 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil como socia de «Cocinas MYC, S.L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de doña ….., en su condición de administradora solidaria, se opuso a dicha pretensión, alegando, en esencia: 1.º) Falta de la legitimación a la solicitante de la auditoría, por no ostentar la condición de socia, siendo los únicos socios de la entidad mercantil doña ….. y don ….... 2.º) Que la solicitante de la auditoría y don ….. se encontraban entonces casados en régimen de gananciales y estando pendientes la liquidación de gananciales en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Segovia, procedimiento núm. 25/2011, no cabe la alteración de la titularidad vigente de las participaciones sociales hasta que no se produzca la resolución del mismo.

III

El Registrador Mercantil de Segovia, con fecha 9 de marzo de 2012, acordó estimar las solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado, dado que de los documentos aportados y de este Registro, se desprende que los socios constituyentes de la empresa «Cocinas Myc S.L.», en proporción del 50% cada uno, fueron don …… y don …..., quienes se encontraban en esa fecha casados en Régimen de Gananciales. Y que la liquidación de la sociedad de gananciales del Sr. ….. la solicitante del nombramiento Sra. ….., se encuentra pendiente de resolución, en el Juzgado de Primera Instancia núm. I de Segovia, procedimiento núm. 25/2011, mantuvo que la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado ha sido clara cuando mantiene que mientras la sociedad de gananciales no se liquida cualquiera de los cónyuges esta legitimado para realizar actos de gestión y administración de los bienes comunes, encuadrándose el derecho a la verificación contable dentro de estos actos por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa. (Resolución de 27 de abril de 2010).

IV

Contra dicha resolución doña ….., en nombre y representación de la sociedad interpuso, en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que la resolución recurrida tras indicar que consta en el registro quienes son socos de la entidad mercantil, señala que mientras la sociedad de gananciales no se liquide cualquiera de los cónyuges están legitimados para realizar actos de gestión de los bienes comunes, encuadrándose el derecho a la verificación contable dentro de los actos de gestión y administración por ser su finalidad la de dar a conocer la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa. 2.º) Que la solicitante no es socia de la compañía pues lleva tres años divorciada de don ….., luego no son cónyuges. Esto mismo es lo que resulta del Libro registro de socios. 3.º) Que en el procedimiento de liquidación de gananciales que se está tramitando ante el Juzgado de Primera Instancia de Segovia, la solicitante se negó a que se adjudicara a cada uno de los ex cónyuges el 50% de las participaciones sociales, independientemente de la valoración que tengan. 4.º) Que además de lo anterior, en contra de lo que el Registrador mantiene en el acuerdo recurrido, la empresa no es un bien común de la sociedad de gananciales, únicamente las participaciones sociales tendrían la consideración de tales. 5.º) Que el mismo Juzgado de Primera Instancia de Segovia denegó el ejercicio de derechos políticos y sociales a un tercero, que en ese momento era la solicitante de la auditoría.

V

El 26 de enero de 2013 tuvo entrada en el Registro general de este departamento ministerial un escrito presentado por don ….., actuando en nombre y representación de doña ….., solicitante de la auditoría, por el que se personaba en este trámite de alzada solicitando se le diera traslado de lo actuado.

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 cuestión de fondo 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 «Cocinas MYC, 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 –artículo 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 exígible 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 solicitante y la sociedad, así como por el Registrador Mercantil de Segovia (Cf. Hechos III) la condición de socio de don ….. y su titularidad sobre 50% del capital social de la compañía, ha quedado, básicamente, acreditada la legitimación de su ex cónyuge para ejercer el derecho al nombramiento registral de auditor. Mucho más si se tiene en cuenta el procedimiento judicial en curso ante el Juzgado de Primera Instancia de Segovia sobre liquidación de gananciales, en el que todavía no ha recaído resolución judicial firme.

La sociedad recurrente, por su parte, no ha logrado desvirtuar dicha legitimación y ello por las siguientes razones: En primer lugar porque, como mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras la disolución de la sociedad de gananciales se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad post-ganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cootitularidad 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 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.

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 104 de la Ley de Sociedades de Capital.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación de la sociedad que cuestiona las motivaciones de la peticionaria para instar el nombramiento, 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.* artículos 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 doña ....., en nombre y representación de «Cocinas MYC, S.L.», y confirmar las Resoluciones del Registrador Mercantil de Segovia de 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, 4 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Segovia.

Resolución de 5 de febrero de 2013 (1.ª)

En el expediente 72/2012 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 27 de marzo 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 «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 ….., remitieron al Registro Mercantil por correo certificado un escrito de recurso de alzada para su remisión a la Dirección General de los Registros y del Notariado que fue recibido en Registro el 5 de abril de 2012.

III

El Registrador Mercantil de Castellón, con fecha 5 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, sobre la base de que, la sociedad no presentó oposición, si bien presentó recurso ante Dirección General de los Registros y del Notariado que fue inadmitido, toda vez que dicho recurso solo cabe interponerlo contra la resolución de la solicitud que, evidentemente, en ese momento no se había producido.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, 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.

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 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.* artículos 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.* artículo 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 5 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, 5 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Castellón de la Plana.

Resolución de 5 de febrero de 2013 (2.ª)

En el expediente 74/2012 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Jecsa, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lugo el 30 de marzo de 2012 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como socio de «Jecsa, S.L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de don ….., en su condición de administrador solidario, se opuso a dicha pretensión negando la legitimación a la solicitante de la auditoría, en base a que la las participaciones sociales que invoca para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas pertenecen a su ex cónyuge que fue quien adquirió las referidas participaciones sociales. El hecho de haber estado casada en régimen de gananciales con don ….., no le confiere la condición de socia de la compañía.

III

La Registradora Mercantil de Lugo, con fecha 30 de marzo de 2012, acordó estimar la solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado, al entender que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos. Mantuvo que a pesar del argumento expuesto por la sociedad, la doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado es clara cuando mantiene que mientras la sociedad de gananciales no se liquida, cualquiera de los cónyuges está legitimado para realizar actos de gestión y administraciones de los bienes comunes, por lo que, teniendo en cuenta que la referida sociedad d gananciales es titular del 50% de las participaciones sociales, está con creces superado el porcentaje mínimo exigido para el ejercicio del derecho a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, al tratarse de un acto de administración que puede ejercitarse por cualquiera de los ex cónyuges.

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, en ningún caso, los procedimientos matrimoniales de liquidación pueden conllevar la obligación de ninguna entidad mercantil de asumir los costes de auditoría.

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 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 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. 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 –artículo 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 Lugo y por el administrador solidario de la compañía *(cfr.* Hechos II y III) la condición de socio de Don José Luis Díaz Varela y su titularidad sobre 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 post-ganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cootitularidad 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.

Por tanto, debe ser confirmada en esta resolución la decisión de la Registradora Mercantil de Lugo, dado que, en contra de lo que entiende la sociedad recurrente, la condición de socio la confiere la propiedad sobre determinadas acciones o participaciones sociales y, en esta caso la propiedad del 50% de capital social de la compañía le corresponden –hasta su liquidación– a la

comunidad post ganancial constituida por Don José Luis Díaz Varela y la solicitante de la auditoría de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en su condición de administradora solidaria de «Jecsa, S.L.», y confirmar las Resoluciones de la Registradora Mercantil de Lugo de 6 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, 5 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Lugo.

Resolución de 6 de febrero de 2013 (1.ª)

En el expediente 75/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Inmobiliaria Prado Sierra, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Gabriela V, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 20 de febrero de 2012 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y siendo su representada titular de más del 5% del capital social de «Inmobiliaria Prado Sierra, S.A.», el nombramiento de un auditor para que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la sociedad de referencia es una sociedad familiar en la que su marido y ella misma tenían la mayoría de las acciones, siendo su ex marido, don ….., el administrador único durante el matrimonio y el proceso de liquidación de la sociedad. Finalmente se llegó a un acuerdo en junio de 2010, en virtud del cual el paquete mayoritario de acciones de esta

sociedad se le adjudicaba a ella misma. Así, tras la celebración de la Junta General de la sociedad pasó a ser la administradora única. 2.º) Que la solicitud de nombramiento de auditor constituye un manifiesto abuso de derecho, puesto que el solicitante fue administrador único de la sociedad y, por tanto debe saber cual es el estado de las operaciones y, asimismo, siendo dicho solicitante socio de otra entidad mercantil dedicada al mismo objeto social, su petición podría suponer un intento de profundizar en ciertos detalles que distorsionarían la leal competencia entre ambas empresas. 3.º) Que, a pesar de que en la Junta general el solicitante de la auditoría consideró que no era conveniente nombrar auditor de cuentas, no obstante la administración consideró lo contrario y, por tanto, con carácter voluntario, encargó la auditoría de cuentas del ejercicio de 2011 a la empresa «Audilex Auditores, S.L.».

III

La Registradora Mercantil número VIII de Madrid, con fecha 2 de abril de 2012, acordó desestimar la oposición de la sociedad, tras señalar que el solicitante reunía las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige, mantuvo que la invocación a la mala fe no puede enervar el derecho de la solicitante, puesto que, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(cfr.* artículos 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 auditoría voluntaria alegada por la sociedad, según reiterada doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado, solo puede enervar el derecho del solicitante si reúne dos condiciones concurrentes: *a)* que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En el caso presente, no consta acreditada fehacientemente la fecha del encargo de auditoría.

IV

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265. 2 de la Ley Sociedades de Capital, los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resolu-

ciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009,27 de abril de 2010 y 15 de abril de 2010.

1.º La primera cuestión que plantea el presente expediente no es otra que la de determinar cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria alegada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 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 el cumplimiento de la primera condición, dado que la fecha que consta en la documentación aportada, que es el escrito del auditor de cuentas aceptando el encargo de la sociedad, carece de fechaciencia respecto de la fecha de encargo del informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2011. Y tampoco se ha garantizado el derecho del socio por ninguno de los medios anteriormente señalados.

2.º Finalmente, se ha de señalar que no pueden prosperar las alegaciones de la recurrente que cuestionan la buena fe del solicitante de la auditoría, pues el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cual-

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

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., administradora única de «Inmobiliaria Prado Sierra, S.A.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número VIII de Madrid el 2 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, 6 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VIII de Madrid.

Resolución de 6 de febrero de 2013 (2.ª)

En el expediente 76/2012 y 91/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Gestoría Callarisa, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., don ….. y doña ….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Tarragona los días 14 y 16 de marzo de 2012, respectivamente, 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 «Gestoría Callarisa, 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 administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que con fecha de 19 de marzo de 2012 se recibió la notificación de la solicitud de auditoría de cuentas formulada por Doña Mercedes Forcarell Solé, petición a la que la sociedad no se opone por revestir todas las formalidades exigidas por la Ley y por el reglamento. 2.º) Que también se recibió, con fecha e 22 de marzo de 2012, una instancia suscrita por los Sres. ….. e ….. Respecto de la misma, la sociedad se opone a dicha pretensión, ya que se realiza con el ánimo de obstaculizar la marcha de la sociedad y obtener una información contable útil para sus fines particulares, dado que los solicitantes han constituido una sociedad denominada José Callarisa Gestió, S.L. y Juanjo Callarías, S.L. que operan en el mismo ámbito comercial que la sociedad afectada por su petición de auditoría. Obviamente la información que obtengan será para beneficiar a dichas sociedades. 3.º) Que la sociedad no se opone en modo alguno al principio de libertad de empresa, pero en cambio la conducta de los solicitantes se aparta de los principios que rigen nuestro modelo de competencia.

III

El Registrador Mercantil de Tarragona acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor por entender que los solicitantes reúnen las circunstancias de capital y tiempo exigidas por el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital. En cuanto a las alegaciones de la sociedad, 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.* artículos 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 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.

Solo una cuestión platea el presente recurso: La de determinar si las alegaciones de la sociedad que cuestionan la buena fe de dos de los solicitantes de la auditoría de cuentas puede enervar la petición de los socios que han acreditado las circunstancias de capital y tiempo exigidas por la Ley.

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.* artículos 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 «Gestoría Callarisa, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Tarragona.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Tarragona.

Resolución de 7 de febrero de 2013 (1.ª)

En el expediente 77/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Perfil Sport, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 26 de marzo 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 «Perfil Sport, 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 solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitud de auditoría no pretende más que causar daño a la sociedad, lo que denota evidente mala fe y abuso de derecho. 2.º) Que el solicitante fue socio trabajador de una entidad vinculada, Circulo de Servicios, S.L. hasta el 13 de junio de 2012, momento a partir del cual abandonó la empresa y desde entonces sigue siendo socio de ambas compañías. 3.º) Que el solicitante, aun en el tiempo en el que era trabajador del Circulo de Servicios, S. L realizaron acciones de competencia desleal, dado que constituyeron una empresa para la que actualmente trabajan y que tiene idéntico objeto social. Ante esta situación la citada entidad mercantil inició acciones judiciales contra el solicitante, entre otros, por presuntos delitos de hurto, robo, daños informáticos y revelación de secretos de la empresa. 4.º) Que como consecuencia de lo anterior, el solicitante ofreció sus participaciones sociales al resto de los socios de la precitada compañía, pero resultó inconveniente su adquisición. 5.º) Que el coste de la auditoría de cuentas que pretende realizar el solicitante es absolutamente inasumible por la sociedad que, como ya se ha indicado, ha quedado muy mermada.

III

El Registrador Mercantil de número XVI de Madrid, con fecha 13 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo que las alegaciones que cuestionan la mala fe de 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.* artículos 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. Añadió sobre las actuaciones de competencia desleal que éstas, si se acreditan, tendrán sus consecuencias en otros ámbitos pero no pueden impedir que el socio ejercite su derecho. Tampoco la existencia de procedimientos judiciales en curso puede enervar su petición, dado que solo tendrían incidencia en este procedimiento si se estuviera cuestionando en sede judicial la condición de socio del peticionario o el porcentaje de participación que ostenta en el capital social. Por último, señaló que no puede admitirse la alegación relativa a los gastos que la auditoría ocasionará a la sociedad,

pues conforme a lo dispuesto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital estos corren siempre a cargo 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 las de 21 de mazo y 22 de octubre de 2010.

1.º Procede confirmar en todos sus extremos, la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid. 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.* artículos 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

2.º Tampoco puede enervar la petición de las socias minoritaria, las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la auditoría que entiende son innecesarios, puesto que el legislador ha dispuesto con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador único de «Perfil Sport, S.L.»,

contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XVI de Málaga el 13 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, 7 de febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XVI de Málaga.

Resolución de 7 de febrero de 2013 (2.ª)

En el expediente 82/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Círculo de Servicios, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 26 de marzo 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 «Círculo de Servicios, 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 solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitud de auditoría no pretende más que causar daño a la sociedad, lo que denota evidente mala fe y abuso de derecho. 2.º) Que el solicitante fue socio trabajador de una entidad vinculada, «Círculo de Servicios, S.L.» hasta el 13 de junio de 2012, momento a partir del cual abandonó la empresa y desde entonces sigue siendo socio de ambas compañías. 3.º) Que el solicitante, aun en el tiempo en el que era trabajador del «Círculo de Servicios, S.L.» realizó, junto con otros trabajadores, acciones de competencia desleal, dado que constituyeron una empresa para la que actualmente trabajan y que tiene idéntico objeto social. Ante esta situación la citada entidad mercantil inició

acciones judiciales contra el solicitante, entre otros, por presuntos delitos de hurto, robo, daños informáticos y revelación de secretos de la empresa. 4.º) Que como consecuencia de lo anterior, el solicitante ofreció sus participaciones sociales al resto de los socios de la precitada compañía, pero resultó inconveniente su adquisición. 5.º) Que el coste de la auditoría de cuentas que pretende realizar el solicitante es absolutamente inasumible por la sociedad que, como ya se ha indicado, ha quedado muy mermada.

III

El Registrador Mercantil de número XVI de Madrid, con fecha 13 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo que las alegaciones que cuestionan la mala fe de 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.* artículos 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. Añadió sobre las actuaciones de competencia desleal que éstas, si se acreditan, tendrán sus consecuencias en otros ámbitos pero no pueden impedir que el socio ejercite su derecho. Tampoco la existencia de procedimientos judiciales en curso puede enervar su petición, dado que solo tendrían incidencia en este procedimiento si se estuviera cuestionando en sede judicial la condición de socio del peticionario o el porcentaje de participación que ostenta en el capital social. Por último, señaló que no puede admitirse la alegación relativa a los gastos que la auditoría ocasionará a la sociedad, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital estos corren siempre a cargo 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 las de 21 de mazo y 22 de octubre de 2010.

1.º Procede confirmar en todos sus extremos, la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid. En efecto, se ha rechazar la alegación que cuestiona la buena fe del solicitante, por el hecho de entender necesaria la auditoría, en contra de la opinión mayoritaria de la sociedad, dado 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.* artículos 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no pueden presumirse. Quien se sienta perjudicado por la actuación supuestamente maliciosa, siempre podrá acudir a 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador único de «Círculo de Servicios, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XVI de Madrid el 13 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, 7 de febrero 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 7 de febrero de 2013 (3.ª)

En el expediente 79/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Iwer Navarra, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Navarra el 20 de marzo 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 más del 5% del capital social de «Iwer Navarra, S.A.,» el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su representante Don …..., se opuso a dicha pretensión, alegando: 1.º) Que el solicitante pretende el cumplimiento del artículo 351.2 del Reglamento del Registro Mercantil mediante copia simple del acta notarial de presencia a la Junta General de la sociedad de 13 de mayo de 2011 y fotocopia carente de autenticidad de una certificación emitida por quien suscribe el 10 de octubre de 2011. 2.º) Que la copia simple del acta carece de la consideración de documento público y, a mayor abundamiento, basta ver la indicada copia para concluir que el documento es manifiestamente incompleto. 3.º) Que con ninguno de estos documentos se acredita la condición de socio ni tampoco la legitimación para solicitar la auditoría de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de Navarra, con fecha 4 de abril de 2012, acordó desestimar la oposición de la sociedad por reunir el solicitante las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige. Mantuvo que la posesión del 5% del capital social nunca fue discutida por la sociedad, salvo en el apartado tercero de su escrito. No puede 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 el solicitante aporta copia de las escrituras de constitución y de aumento de capital, de las que resulta la suscripción de acciones por parte del mismo, sin que la documentación presentada por la sociedad pueda servir de medio para desvirtuar la legitimación del solicitante.

IV

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

una errónea interpretación del artículo 354.2 del reglamento del registro mercantil, pues a la sociedad le consta que con posterioridad al 13 de mayo de 2011 el solicitante transmitió sus acciones.

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.

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

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: las escrituras de constitución y posterior ampliación de capital inscritas (artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil), sin que la sociedad, por su parte, haya aportado prueba alguna demostrativa de que hubiera perdido su condición de socio. Las alegaciones de la recurrente intentan trasladar al peticionario de la auditoría la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni reglamentariamente, olvidando que éste ya ha demostrado, al menos, que fue socio y, bajo su responsabilidad, que sigue siéndolo en la actualidad. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar –y no lo ha hecho– que el accionista ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que está legitimado para solicitar la auditoría.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ....., en nombre y representación de «Iwer

Navarra, S.A.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Navarra el 4 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, 7 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Navarra.

Resolución de 7 de febrero de 2013 (4.ª)

En el expediente 70/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Promohabitat Reus, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Tarragona, 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 «Promohabitat Reus, 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, falta de legitimación del solicitante por irregularidades en la adquisición de sus particiones sociales, al incumplir las normas del régimen estatutario de transmisión de las mismas.

III

A la vista del anterior escrito, el Registrador Mercantil de Tarragona, con fecha de 7 de febrero de 2012, concedió al solicitante de la auditoría de cuentas un mes de

plazo para que formulara las alegaciones que considerara oportunas en defensa de su petición. Lo que así hizo mediante escrito de 15 de marzo de 2012, en el que alegó que la adquisición se realizó ante Notario y que en el ejercicio precedente la sociedad no se opuso.

IV

El Registrador Mercantil de Tarragona declaró improcedente el nombramiento de auditor solicitado, al entender que, aún cuando es imposible examinar en este procedimiento las motivaciones que han llevado al peticionario a solicitar la auditoría, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(cfr.* artículos 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 legitimación del solicitante alegada por la sociedad y habiendo requerido al socio para que acreditara su cumplimiento sin que en el plazo señalado lo hiciera, se ha de resolver conforme a lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley de Sociedades de Capital que mantiene que las transmisiones que no se ajusten a lo previsto en la ley y, en su caso, a lo dispuesto en los estatutos, no producirán efecto alguno y, en consecuencia, aunque dicha infracción no tiene por qué afectar a la validez del negocio jurídico realizado entre las partes, el socio adquirente no puede ejercitar derecho alguno frente 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 la transmisión se realizó ante el Notario, D. Joaquín Ochoa de Olza Vidal, el 13 de octubre de 2004, adquisición que vino de su anterior esposa doña ….., de quien posteriormente se separó. 2.º) Que el representante de la sociedad puso en entredicho esa transmisión por incumplir el artículo 9 de los Estatutos sociales por entender que, en aquel momento, adquirente y transferente se encontraban separados, lo cual no es correcto, pues la sentencia de separación es de 18 de octubre de 2004. Consecuentemente posé el 50% del capital social de la compañía. Adjuntaba a su escrito copia del certificado literal de matrimonio expedido por el Registro Civil y copia de la póliza del contrato de compraventa de participaciones sociales.

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.

1.º Con carácter previo, se ha indicar en relación con el acuerdo recurrido que éste debe indicar la fecha en que fue adoptado por el registrador mercantil, por ser un dato decisivo para determinar la fecha en que empieza a producir efectos, aunque estos queden supeditados a la fecha de notificación. Así lo exige el artículo 57.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, supletoria en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas en todo lo no previsto n el Reglamento del Registro Mercantil.

2.º La primera cuestión de fondo plateada en el presente recurso es la relativa a la legitimación del solicitante de la auditoría de cuentas y, como contrapartida, su forma de enervación por 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 –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por si sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso presente, el solicitante de la auditoría ha aportado el requerido principio de prueba: copia de la póliza de compraventa de participaciones sociales autorizada por el Notario, D. Joaquín Ochoa de Olza Vidal, el 13 de octubre de 2004, en cuya virtud doña ….. transmitió al solicitante de la auditoría el porcentaje de capital social que ostentaba en la compañía.

Dicho principio de prueba no ha sido desvirtuado por la administración social recurrente que se limitó a cuestionar la validez del título traslativo de dominio de participaciones sociales, sin aportar prueba alguna que acredite la interposición, ante el Juzgado de lo Mercantil competente, de la correspondiente demanda de nulidad de contrato por incumplimiento de normas estatutarias y la resolución firme de la demanda, aceptando las pretensiones de la parte actora. Como quiera que este Centro Directivo carece de competencia, en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, para dilucidar la posible ineficacia del contrato de compraventa de particiones sociales y, en su caso, la posible convalidación de la causa alegada por la sociedad, por estar dicha competencia atribuida a Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional

civil *(cfr.* artículo 84 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 45 de la Ley 1/2000, de 20 de enero, de Enjuiciamiento Civil), se ha de concluir que ha quedado acreditada, en principio, la legitimación del solicitante para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas.

2.º Por último, se ha de recordar al recurrente, frente a la alegación que cuestiona la buena fe del peticionario por el hecho de solicitar la auditoría, 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.* artículos 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 estimar el recurso de alzada interpuesto por don …., solicitante de la auditoría de cuentas para «Promohabitat Reus, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Tarragona.

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

Madrid, 7 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Tarragona.

Resolución de 7 de febrero de 2013 (5.ª)

En el expediente 80/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Proyectos Blanco, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Córdoba, el 30 de marzo 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 titulares de más del 5% del capital social de «Proyectos Blanco, 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 el único interés del solicitante es causar un perjuicio a la compañía.

III

El Registrador Mercantil de Córdoba, con fecha 16 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor y mantuvo que las alegaciones de la sociedad sobre la mala fe del solicitante no podía enervar la pretensión de auditoría, dado que las intenciones espurias no pueden presumirse nunca y, si bien es cierto si 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.* artículos 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, en realidad, el solicitante no ostenta una participación minoritaria, sino que ostenta el 50% de las participaciones sociales y, consecuentemente, no puede ejercer un derecho reservado a la minoría.

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 sep-

tiembre 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.* artículos 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 la alegación que cuestiona la legitimación del solicitante por ostentar el 50% del capital social puede enervar su petición, dado que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que reconoce y regula este derecho de los socios de sociedades comanditarias por acciones, de responsabilidad limitada y anónimas, solo exige el cumplimiento de unos requisitos mínimos que son los de legitimación y tiempo para su ejercicio y, respecto del primero de ellos, basta con reunir el 5% del capital social, sin que existan condiciones o límites en cuanto al porcentaje máximo del socio en la compañía.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don ....., administrador único de «Proyectos Blanco, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Córdoba el 16 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, 7 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Córdoba.

Resolución de 7 de febrero de 2013 (6.ª)

En el expediente 81/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «BLH Inversiones, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Córdoba, el 30 de marzo 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 titulares de más del 5% del capital social de «BLH Inversiones, 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 el único interés del solicitante es causar un perjuicio a la compañía.

III

El Registrador Mercantil de Córdoba, con fecha 16 de abril de 20102, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor y mantuvo que las alegaciones de la sociedad sobre la mala fe del solicitante no podía enervar la pretensión de auditoría, dado que las intenciones espurias no pueden presumirse nunca y, si bien es cierto si 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.* artículos 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, en realidad, el solicitante tiene un perfecto conocimiento de la contabilidad social.

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.* artículos 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 la alegación cuestiona el verdadero interés del solicitante, debido a su previo conocimiento de la contabilidad puede enervar su pretensión, dado que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º Por último señalar que, aún cuando hubiera sido administrador solidario de la compañía, como indica la representación recurrente, cesó en su cargo en septiembre de 2011 y, por tanto, no puede contratar, por sí mismo, los servicios de un auditor de cuentas para verificar cuales son y como se cerraron las correspondientes al ejercicio cuya auditoría pretende.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don ….., administrador único de «BLH Inversiones, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Córdoba el 16 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, significándo-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 7 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Córdoba.

Resolución de 8 de febrero de 2013

En el expediente 78/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «A.R.P. Arquitectura y Promociones Palafito, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 8 de marzo 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 «A.R.P. Arquitectura y Promociones Palafito, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la Junta General de la sociedad, en su reunión de 26 de enero de 2012 procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo para verificar las correspondientes al ejercicio 2011. 2.º) Que el nombramiento de auditor recayó en la empresa «Consultoría, Valoradores y Auditores, S.L.».

III

El Registrador Mercantil Número XIX de Madrid, con fecha 21 de marzo de 2012 acordó, como diligencia para mejor proveer, conceder a la sociedad el plazo de diez días para que aportara documentación acreditativa del nombramiento efectuado. Lo que la sociedad hizo el 29 de marzo de 2012 mediante escrito al que adjuntaba certificación de

acuerdos de la Junta General, relativos al nombramiento de auditor de cuentas y la aceptación del cargo de auditor.

IV

Por resolución de 3 de abril de 2012 el Registrador Mercantil número XIX 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 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 llegado a probar la anterioridad del nombramiento, ya que la primera fecha fehaciente que contiene la aceptación de auditor es la de la legitimación de firmas los días 26 y 27 de marzo de 2012, fecha posterior a la presentación de la solicitud en el Registro Mercantil.

V

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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 indepen-

diente, 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 de cuentas, dado que si bien es cierto que la carta de aceptación contiene la fecha de 31 de enero, ésta fecha solo puede hacer prueba entre las partes contratantes pero, frente a terceros, la única dotada de fehaciencia es la de la legitimación de firmas *(cfr.* artículo 1227 del Código Civil) que tuvo lugar los días 26 y 27 de marzo de 2012. Es decir, con posterioridad a la presentación de la instancia del socio minoritario en el Registro Mercantil solicitando la auditoría de las cuentas del ejercicio 2011. Y, como quiera que –en contra de lo que la sociedad entiende– la solicitante de la auditoría en este procedimiento sí tiene la condición de tercero porque está pretendiendo ejercitar un derecho que la ley le reconoce, aún contra la oposición de la sociedad que pretende impedirlo, debe confirmarse la resolución recurrida y reconocerle el 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 «A.R.P. Arquitectura y Promociones Palafito, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XIX de Madrid el 13 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, 8 de febrero de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIX.

Resolución de 11 de febrero de 2013 (1.ª)

En el expediente 84/2012 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Clínica Zarco, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 14 de marzo de 2012 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como socio de «Clínica Zarco, S.L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de doña ….., en su condición de administradora única, se opuso a dicha pretensión negando la legitimación a la solicitante de la auditoría, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que las participaciones sociales que invoca para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas pertenecen a la sociedad de gananciales, la cual se encuentra disuelta pero no liquidada, sin que todavía a día de la fecha, existan bienes individualizados, pudiendo incluso resultar de la liquidación de la sociedad de gananciales que al solicitante no le corresponde ninguna participación social. 2.º) Que la solicitud de auditoría revela una evidente mala fe y abuso de derecho. En un sentido similar s pronuncia el artículo 1.390 del Código Civil, en relación con la actuación de uno de los cónyuges que cause daño al patrimonio ganancial.

III

El Registrador Mercantil número XI de Madrid, con fecha 2 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado, al entender que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos. En la solicitud presentada el solicitante alega ser titular de una participación equivalente al 50% del capital social. De los archivos del Registro resulta acreditado que en el momento de la constitución

de dicha sociedad, don Javier Lasso Genova adquirió 1000 participaciones sociales en estado de casado con doña Elena Bárbara Pons de Molina, quien adquirió las otras 1000 participaciones representativas del capital social, lo que supone un principio de prueba de la legitimación del solicitante al regirse el matrimonio por el régimen legal de gananciales, régimen que la propia administradora alega en su escrito de oposición para desvirtuar la legitimación del solicitante, al considerar que el cien por cien del capital social pertenece a la sociedad de gananciales y ésta no se ha liquidado. Pues bien, constando el carácter ganancial de las participaciones, procede reiterar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, declarando que efectivamente esta legitimado cualquiera de los miembros de la sociedad de gananciales para realizar actos de gestión y administración de dicha sociedad de gananciales, ya que ésta es la naturaleza que debe atribuirse a la acción de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor, máxime cuando, como en este caso, cada uno de los cónyuges se atribuye un número de participaciones sociales concretas. Tampoco puede prosperar la alegación social de que sea el socio solicitante quien a su costa, sufrague el nombramiento y la auditoría por cuanto vulneraría los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, en los que se establece que la auditoría se realice «con cargo a la sociedad» (Res. D.G.R.N. 21 de octubre de 2002,14 de enero de 2003, 31 de mayo de 2005. 17 de abril de 2006 y como más recientes las de 27 de mayo de 2009,13 de agosto de 2010 y 7 de septiembre de 2011). La manifestación de la administradora relativa a que la solicitud incurre en un manifiesto abuso de derecho tanto por la evidente intención del mismo como por las circunstancias en que se realiza, no puede ser considerada como causa de oposición, primero porque la buena o mala fe del solicitante, el abuso de derecho o la competencia desleal no son cuestiones apreciables en este expediente. Según ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en diversas Resoluciones, la posible finalidad maliciosa no le priva de ejercitar su derecho, señalando que resulta imposible examinar 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 *(cfr.* artículo 7 del Código Civil) y no ampara, por el contrario, el abuso del 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 sólo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil *(cfr.* artículo 1.902 del Código Civil) para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados (Res. DGRN de 30 de abril de 2004, 5 de mayo de 2006, 29 de octubre de 2010 y 19 de diciembre de 2011).

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, en ningún caso, los procedimientos matrimoniales de liquidación pueden conllevar la obligación de ninguna entidad mercantil de asumir los costes de auditoría. Añadió, resumidamente, que el acuerdo recurrido entiende que pertenecen a partes iguales las participaciones sociales, sin embargo en este caso la sociedad de gananciales no ha sido liquidada y, por tanto, dicha sociedad tiene la propiedad del 100% de éstas, siendo así que, finalmente, es la sociedad la que soporta los gastos de la auditoría.

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 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 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. 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 –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Es a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que la solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

En el supuesto analizado, acreditada en el expediente por la información facilitada por el Registrador Mercantil número XI de Madrid y por la administradora única de la compañía *(cfr.* Hechos II y III) la condición de socio de Doña Elena Bárbara Pons de Molina y su titularidad sobre 50% del capital social, ha quedado acreditada la legitimación del 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 post-ganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cootitularidad 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.

Por tanto, debe ser confirmada en esta resolución la decisión de la Registrador Mercantil número XI de Madrid, dado que, en contra de lo que entiende

la sociedad recurrente, la condición de socio la confiere la propiedad sobre determinadas acciones o participaciones sociales y, en esta caso la propiedad del 50% de capital social de la compañía le corresponden –hasta su liquidación –a la comunidad post ganancial constituida por don ….. y la solicitante de la auditoría de cuentas. Más aún si se tiene en cuenta que, como indicó el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido, cada uno de los cónyuges se atribuye un número de participaciones sociales concretas.

2.º Tampoco puede prosperar la pretensión del recurrente de atribuir la carga económica de la auditoría de cuentas al solicitante, dado que por expresa disposición del artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital, los gastos que la auditora comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre y sin importar las consideraciones que realice en torno a la conveniencia o inconveniencia de su realización

3.º Por último, 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.* artículos 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 doña ….., en su condición de administradora solidaria de «Clínica Zarco, S.L.», y confirmar las Resoluciones del Registrador Mercantil número XI de Madrid de 2 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, 11 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XI Madrid.

Resolución de 11 de febrero de 2013 (2.ª)

En el expediente 85/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Hidropark Alcudia, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca el 13 de marzo de 2012 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular del 7,042% del capital social de «Hidropark Alcudia, S.A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de sus administradoras mancomunadas, doña ….. y doña …..., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que, conforme a la escritura de 12 de agosto de 2002, las acciones núm. 54.294 a 62.607 son titularidad de doña ….., en virtud de su transmisión por compra. Así se comunicó por parte de los interesados a la sociedad, a efectos de reparto de dividendos, mediante exhibición de la copia de la escritura de compraventa, sin dejar en el domicilio social copia de la misma. La escritura tal y como se ha dicho según nuestros datos, fue otorgada ante el notario de Alcudía, D. Bartolomé Bibiloni Guasp, siendo el número de protocolo o bien el 2038 o bien el 2039, dejando consignado el protocolo del referido notario a los oportunos efectos. Tal como se deduce de lo expuesto, don….., tan solo acredita ser titular de las restantes acciones, que sobre el capital social total, representan un 4,913; 2.º) Que, asimismo, el nombramiento registral de auditor de cuntas es improcedente al estar nombrado por la Junta General de 16 de marzo de 2012 un auditor voluntario. En definitiva, los intereses del solicitante y de los demás accionistan están salvaguardados con el referido nombramiento.

III

El Registrador Mercantil de Palma de Mallorca, con fecha 30 de marzo 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 por la sociedad. Al respcto, mantuvo que, en orden a acreditar la legitimación, la Dirección General citada tiene también reiteradamente declarado que el solicitante debe aportar un principio de prueba de su legitimación, que no precisa ser fehaciente, siendo la sociedad, si lo contradice, la que pruebe lo contrario. En el caso a resolver el solicitante cumple con la citada exigencia cuando alega ser titular de un número concreto y suficiente de acciones, que identifica, invocando como título de adquisición la propia escritura de constitución de la que resulta la suscripción por su parte de tales acciones. La sociedad, por su parte, niega que en la actualidad subsista esa titularidad, o al menos en el porcentaje mínimo legalmente exigido para alcanzar el que

legitima la solicitud que se resuelve, por cuanto se alega que parte de ellas fueron transmitidas a distinta persona en virtud de escritura pública, cuya fecha y número aproximado de protocolo se indican, pero de la que no se aporta copia, aunque fuera simple, que acredite su real existencia y contenido. En un expediente administrativo como el presente no cabe, ni es su objeto, una fase contenciosa y de prueba en que se trate de acreditar cual de los títulos invocados es prevalente, sino que ha de estarse a los datos obrantes en él y al contenido del propio Registro, que en este caso no es dterminate pues la titularidad de las acciones, salvo determinadas excepciones, no es objeto de publicidad registral. Y del contraste de los datos obrantes en el expediente ha de prevalecer los que acreditan la legitimación del solicitante, avalados por un principio de prueba, frente a los esgrimidos por la sociedad, carentes de tal aval, cuando la sociedad tenía más fácil desvirtuar aquélla. Estando representadas las acciones en que se di*vide* el capital social por títulos nominativos, es obligación legal de la sociedad la llevanza de un libro registro de tales acciones conforme le exige el artículo 116 de la Ley de Sociedades de Capital, donde deben inscribirse las sucesivas transferencias e identificar a los titulares de las acciones, al punto de que, como dice el apartado 2.º de la norma, la sociedad solo reputará accionista a quien se halle inscrito en dicho libro, lo que traducido en sentido contrario implica no reconocer la condición de socio a quien no lo esté. No ha acudido la sociedad en su oposición a este medio de prueba del que legalmente debía disponer, y cuyo contenido si sería determinante para rechazar, en su caso, la legitimación del solicitante, al margen de las acciones que a éste cupieran en orden a la rectificación del contenido de tal libro o la exigibilidad de responsabilidades por su incorrecta llevanza. Por el contrario, ni desvirtúa el principio de prueba aportado la manifestación de haberse comunicado, y acreditado según se dice, una transmisión a los efectos de pagos de dividendos, cual si el único derecho social del adquirente de unas acciones fuera ese económico de participar en los beneficios que se acordaran repartir, y no un complejo de ellos para cuyo ejercicio ha de estar acreditado en la documentación social.

El Registrador Mercantil de Palma de Mallorca continuó su acuerdo rechazando la alegación de la sociedad sobre la existencia de un auditor voluntario, manteniendo que el nombramiento 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 solicitud de nombramiento de auditor de cuentas tuvo entrada en el Registro Mercantil el 13 de marzo de 2012, mientras que de la documentación que consta en el expediente y de las propias alegaciones de la sociedad, el nombramiento voluntario fue acordado por la Junta General de 16 de marzo de 2012. Por último, rechazó las alegaciones societarias que cuestionaron la buena fe del solicitante de la auditoría de cuentas, dado que, si bien es cierto que la Junta general fue convocada por su solicitud, tal extremo no consta en la documentación aportada al expediente.

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 rebatiendo el fundamento del acuerdo recurrido que desestima la oposición social en lo que se refiere al nombramiento voluntario de auditor de cuentas por la Junta general de 16 de marzo de 2012. Alegó que

dicho nombramiento voluntario reunió las condiciones requeridas por la Dirección general de los Registros y del Notariado para enervar el derecho del solicitante al nombramiento de auditor por el 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 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 19 de diciembre de 2006.

1.º El presente expediente plantea diversas cuestiones sobre las que este centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en repetidas ocasiones. La primera de ellas es la relativa a la forma de acreditar el socio su legitimación y, como contrapartida, la de su enervación por la sociedad. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido que es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 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 invocación la propia escritura de constitución de la sociedad, inscrita en el Registro Mecantil (artículos 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 el socio hubiera perdido el porcntaje de participación en el capital social, alegado en su instancia. Las alegaciones de la recurrente intentan trasladar al peticionario de la auditoría la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni reglamentariamente, olvidando que éste ya ha demostrado, al menos, que fue socio y, bajo su responsabilidad, que sigue siéndolo en la actualidad. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar –y no lo ha hecho– que el accionista ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que esta legitimado para solicitar la auditoría.

2.º Tampoco puede prosperar la auditoría voluntaria alegada por la sociedad, frente a la petición del socio minoritario, dado que para que pudiera enervar su derecho tendría que haber acreditado no solo la anterioridad del nombramiento de auditor –que fue posterior a la petición del socio–, sino también que la aceptación por parte del auditor designado fue anterior a dicha petición, con el fin de acreditar que existió un contrato de auditoría para verificar las cuentas del último ejercicio vencido, lo que la sociedad no ha hecho *(cfr.* artículo 1227 en relación con el artículo 1262 del Código Civil). Poco ha de importar que la Junta General de 16 de marzo de 2012 fuera convocada a instancias del solicitante, dado que pudo considerar conveniente asegurarse de que las cuentas correspondientes al ejercicio 2011 fueran, efectivamente, verificadas por un auditor de cuentas, seguridad que no habría tenido si hubiera postergado esta decisión a la consideración por la Junta general y a la posterior ejecución del acuerdo por los administradores sociales.

3.º Finalmente, se ha de recordar la doctrina del este Centro Directivo sobre la posible mala fe y el abuso de derecho por parte del solicitante, señalando 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.* artículos 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 ….. y doña ….., administradoras mancomunadas de «Hidropark Alcudia, S.A.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Palma de Mallorca el 30 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, 11 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Palma de Mallorca.

Resolución de 12 de febrero de 2013 (1.ª)

En el expediente 83/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cauchos Jema, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de doña ….., de don ….. y doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 17 de febrero de 2012 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 «Cauchos Jema, S.A.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de su apoderado, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que los solicitantes no fundaron su solicitud, siendo la verdadera causa de la misma el interés por causar un perjuicio económico a la sociedad, ante la negativa del accionariado a adquirir sus acciones. 2.º) Que la administración no ha formulado las cuentas correspondientes a 2011, por estar todavía en plazo para ello. 3.º) Que la auditoría supone un gasto innecesario para la sociedad, ya que cuando las cuentas estén formuladas serán entregadas por los administradores.

III

El Registrador Mercantil número XV de Madrid, el 2 de abril de 2012, 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 las intenciones de los solicitantes, instaron la auditoría para la revisión contable del ejercicio 2011 y no para conocer el valor de sus acciones. Además de lo anterior, 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.* artículos 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 las cuentas no hayan sido formuladas tampoco enerva el derecho del solicitante, ya que la presencia de los auditores puede servir de acicate para su formulación por los administradores. Con independencia de que la sociedad entregue a los solicitantes las cuentas formuladas, los derechos de información y auditoría resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando literalmente las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadió que la única intención de la solicitante es constreñir a la sociedad y al accionariado para que compren sus acciones.

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 20010.

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 las intenciones de los solicitantes para instar el nombramiento de auditor de cuentas. Al respecto 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.* artículos 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 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 Por lo que se refiere al conocimiento que tendrán de dichas cuentas anuales cuya verificación solicitan, se ha de recordar al recurrente que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

4.º Por último, se ha de señalar que 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 ….., en nombre y representación de «Cauchos Jema, S.A.», contra la decisión la dictada por el Registrador Mercantil número XV de Madrid el 2 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, 12 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XV de Madrid.

Resolución de 12 de febrero de 2013 (2.ª)

En el expediente 87/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Fustería Llombart, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Castellón el 30 de marzo 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 «Fusteria Llombart, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

Notificada la sociedad de dicha instancia, ésta no presentó oposición al nombramiento solicitado por la minoría.

III

El Registrador Mercantil de Castellón, con fecha 16 de abril de 2012, estimó la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas, dado que el solicitante reúne los requisitos legalmente exigidos y la sociedad no presentó oposición.

IV

Contra dicha resolución don ……, administrador único de Fusteria Llombart, S.L. interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, resumidamente, que la sociedad atraviesa por una situación de crisis económica y que no puede costear los servicios de un auditor de cuentas.

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 y 19 de junio de 2007.

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 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 2008.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador único «Fusteria Llombart, S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Castellón 16 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, 12 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Castellón.

Resolución de 12 de febrero de 2013 (3.ª)

En el expediente 88/2012 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 VIII de Madrid, con fecha 21 de abril de 2012, resolvió estimar la solicitud. Entiende que la disolución de pleno derecho que decreta la Disposición adicional primera de la Ley de Sociedades Profesionales debe entenderse en sentido análogo al decretado por la Disposición transitoria sexta 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 tran-

sitoria primera, número 3, de la Ley de Sociedades Profesionales pues, dado su contenido sancionador, debe estar presidido por un criterio interpretativo estricto *(cfr.* artículo 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.* artículo 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.* artículos 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 la Registradora Mercantil número VIII de Madrid el 21 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 recla-

mación administrativa, de conformidad con 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 febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VIII de Madrid.

Resolución de 13 de febrero de 2013 (1.ª)

En el expediente 86/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Eleveté Torre de Madrid, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de la entidad mercantil «Incasa Exclusive Homes, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 22 de marzo 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 «Eleveté Torre De Madrid, 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 desconoce la condición de socio de la entidad mercantil solicitante e la auditoría de cuentas. Así se desprende la primera inscripción que consta en el Registro Mercantil en la hoja abierta a la sociedad. 2.º) Que don ….., a titulo personal si es socio de la compañía y, así, el 29 de junio de 2011 solicitó la convocatoria de una Junta Extraordinaria por requerimiento notarial realizado por el Notario de Madrid, D. Alejandro Miguel Velasco Gómez, número 1177 de su protocolo. En dicho requerimiento solicitaba de la sociedad la autorización para la transmisión de sus participaciones sociales. 3.º) Que en calidad de socio concurrió a la Junta general celebrada el 28 de junio de 2011 y en dicha reunión renunció a la solicitud de autorización de transmisión de sus participaciones. 4.º) También a título personal el pasado 12 de marzo de 2012 ejercicio su derecho de información. 5.º) Que también en calidad de socio, el pasado 15 de marzo de 2012 pretendió, infructuosamente, comparecer a la junta general, en representación de la entidad mercantil «Ncasa Exclusives Homes, S.L.» 6.º) Que no existe en el Libro de Actas de la solidad ninguna en la que conste la autorización de la sociedad para que Juan Antonio Rojo Gallegos

trasmita sus participaciones sociales. 7.º) Que, por el contrario, si que existe conocimiento de que la entidad mercantil «Eleveté Exclusive Homes, S.L.U.» ha ejercido su derecho de adquisición preferente sobre la totalidad de participaciones sociales de «Eleveté Torres de Madrid, S.L.», transmitidas al margen de la autorización societaria por Juan Antonio Rojo Gallegos a favor de «Incasa Exclusive Homes, S.L.» 8.º) Que las cuentas anuales del ejercicio 2011 a que se contrae la solicitud de auditoría fueron aprobadas por la Junta general el 15 de marzo de 2012.

III

El Registrador Mercantil número X de Madrid, el 13 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud de auditoría, por entender que no es éste el trámite adecuado para resolver sobre la validez o nulidad del negocio jurídico traslativo de participaciones sociales y, asimismo, la cuestión de la legitimación está solventada en este expediente, dado que el solicitante, don ….., actúa en su propio nombre y derecho. Mantuvo que la circunstancia de que las cuenta anuales ya hayan sido aprobadas no puede condicionar la pertinencia del derecho del socio minoritario, ya que sostener lo contrario significaría, de un lado, facilitar la elusión de ese derecho por la sociedad a través del sencillo procedimiento –aunque no sea este el caso– de convocar y celebrar Junta General inmediatamente después de finalizado el ejercicio y, de otro, desconocer que en estos casos el informe, aunque principalmente destinado a servir a los socios de referencia a la hora de aprobar o no las cuentas que se les presentan, también puede cumplir otras funciones, como podría ser la de información al socio acerca de la veracidad de la contabilidad llevada por los órganos gestores y decidir, en consecuencia, sobre si se ejercitan o no acciones contra los mismos. La Ley de Sociedades de Capital no limita el alcance del informe de auditoría a un instrumento técnico al servicio de la procedencia o improcedencia de la aprobación de las cuentas que han de ser sometidas a la Junta General de accionistas, pues esa misma Ley y el Reglamento del Registro Mercantil que regula este procedimiento está concediendo el derecho a los socios a obtener una auditoría de las Cuentas Anuales de un determinado ejercicio que, por plazos legales, pueden estar ya aprobadas por la mayoría como es el caso que nos ocupa.

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. Insistió en el argumento de que la entidad mercantil «Eleveté Exclusive Homes, S.L.U.» ha ejercido su derecho de adquisición preferente sobre la totalidad de participaciones sociales de «Eleveté Torres de Madrid, S.L.», transmitidas al margen de la autorización societaria por don ….. a favor de «Incasa Exclusive Homes, S.L.».

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 Resolucio-

nes 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, 4 de diciembre de 2009 y 8 de junio de 2011.

1.º Procede confirmar en esta resolución el acuerdo del Registrador Mercantil de Madrid que no es desvirtuado por ninguna de las alegaciones formuladas en el escrito de recurso. Respecto de la legitimación de los solicitantes de la auditoría, estando acreditada la propiedad que ostenta uno de los solicitantes del nombramiento, don ….., sobre un número de participaciones sociales equivalentes al 10% del capital social, ha quedado acreditada la procedencia de la auditoría de las cuentas del ejercicio 2011. Dicha propiedad resulta de los datos que constan en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil siendo este dato, no desvirtuado por la sociedad, suficiente por sí mismo para estimar cumplida la condición de legitimación exigida por el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital para el ejercicio de este derecho.

Poco ha de importar para llegar a esta conclusión el acta de requerimiento sobre el ejercicio del derecho de adquisición preferente por parte de la entidad mercantil «Eleveté Exclusive Homes, S.L.» adjunta al escrito de interposición del recurso, en la que la sociedad se basa para alegar litispendencia, toda vez que para entender que ésta existe es preciso probar que la cuestión se ha planteado y se está discutiendo en sede judicial, circunstancia ésta que ni siquiera se ha alegado por el recurrente. Pero, incluso en el supuesto de que existiera abierto un procedimiento en vía civil sobre la propiedad de dichas participaciones que el recurrente entiende indebidamente transmitidas, ésta solo tendría efectos suspensivos, en este procedimiento de nombramiento registral de auditor, si la demanda se hubiese interpuesto con anterioridad a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil solicitando la auditoría de cuentas, lo que no ha ocurrido.

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 de participaciones sociales.

Por último, cabe señalar sobre esta cuestión que este Centro Directivo carece de competencia para pronunciarse sobre la validez o ineficacia de títulos traslativos de dominio, por estar atribuida a Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil *(cfr.* artículo 84 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 45 de la Ley 1/2000, de 20 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

2.º El hecho de que se solicite la auditoría para verificar las cuentas anuales aprobadas por la Junta General en su reunión de 15 de marzo de 2012 encaja plenamente en las previsiones del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de

Capital, pues dicho precepto solo condiciona el ejercicio del derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor a ostentar al menos el 5% de capital social de la compañía y a presentar la solicitud en el plazo de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio a auditar. Como indicó el Registrador Mercantil de Madrid, el informe de auditoría de cuentas cubre muchas finalidades, entre otras, la de facilitar a los socios el conocimiento de la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa, lo que fácilmente puede lograrse, tanto si las cuentas ya han sido formuladas y aprobadas por la Junta como si no lo han sido, porque para ello basta con poner a disposición del auditor la contabilidad social de dicho ejercicio económico.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de «Eleveté Torre de Madrid, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número X de Madrid el 13 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, 13 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil X de Madrid.

Resolución de 13 de febrero de 2013 (2.ª)

En el expediente 89/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Friven, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 5 de marzo de 2012 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de

Sociedades Anónimas y como titular del 7,042% del capital social de «Friven, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión negando la condición de socio y la legitimación del solicitante de la auditoría de cuentas.

III

La Registradora Mercantil número VI de Madrid, el 8 d marzo de 2012, requirió al solicitante para que en el plazo d diez días aportara al expediente original o testimonio del poder de representación y los documentos acreditativos de la condición de socio del solicitante, al no resultar ésta de los archivos del Registro. Con fecha de 22 de marzo de 2012 se presentó un escrito firmado por don ….., en nombre y representación de don ….., al que adjuntó copia autentica del poder general para pleitos y Acta de la Junta general de la sociedad, celebrada el 17 de marzo de 2011.

IV

Por resolución de 9 de abril de 2012 la Registradora Mercantil número VI de Madrid, acordó desestimar la solicitud de auditoría. Mantuvo 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 el solicitante aporta, a requerimiento del Registro Mercantil, como documento acreditativo de su legitimación, copia del acta de la Junta General de socios de 17 de marzo de 2011, de la que resulta que el 100% del capital social esta atribuido a cuatro socios, don ….., don ….. y don ….. y don ……, por tanto no se ha aportado el principio de prueba de la condición de socio.

V

Contra dicha resolución don ….., en nombre y representación de don ….. interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis que en la instancia por la que se solicitó el nombramiento de auditor d cuentas se deslizó un error «mecanográfico» en uno de los apellidos del solicitante. Así a solicitud fue formulada en nombre y representación de don ….. y no en no en nombre de don ….. Por lo que se solicita la subsanación de dicho error en este trámite de alzada, dado que se puede comprobar en la copia del poder aportado para acreditar la representación con la que actuó el firmante de la instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 71 y 79 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 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de agosto de 2011.

Plantea el presente expediente como una única cuestión la de determinar si una vez transcurrido el plazo concedido por la Registradora Mercantil para la subsanación de la solicitud, sin que la representación letrada del solicitante advirtiera un error tan esencial como es el de la propia identidad del socio y solicitante de la auditoría *(cfr.* artículo 71 de la ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común) puede admitirse en esta instancia de alzada ante la Dirección General la pretensión de subsanación del error deslizado en la instancia que alega el recurrente.

La respuesta debe ser negativa, pues el Reglamento del Registro Mercantil dispone en su artículo 351.2 que los solicitantes de la auditoría de cuentas, habrán de acompañar a su instancia, en su caso, de los documentos acreditativos de la legitimación del solicitante y, siendo evidente que el procedimiento fue correctamente tramitado por la Registradora Mercantil, no se estima oportuno retrotraer el procedimiento al momento de la presentación de la instancia en el Registro Mercantil para su traslado a la sociedad a efectos de que planteé una nueva oposición a la solicitud formulada por persona distinta de quien figuró en la instancia como solicitante de la auditoría, con una nueva resolución de la Registradora Mercantil pues esto, en definitiva, supondría reabrir unos plazos para ejercitar el derecho que expiraron, definitivamente, a los tres meses del cierre del ejercicio social cuya auditoría se solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número V I de Madrid el 9 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, 13 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VI de Madrid.

Resolución de 13 de febrero de 2013 (3.ª)

En el expediente 92/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «MS Doctors, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó el 26 de marzo de 2012 un escrito en el Registro Mercantil de Tarragona 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 «MS Doctors, 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

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha solicitud por entender que había sido presentada extemporáneamente.

III

El 4 de abril de 2012 la solicitante de la auditoría de cuentas presentó un nuevo escrito en el registro mercantil rectificando la fecha del cierre del ejercicio social a que se refería su solicitud.

IV

Con fecha 16 de abril de 2012 el administrador único de la sociedad don ….., presentó en el Registro Mercantil un nuevo escrito de alegaciones en el que, esencialmente, mantenía la extemporaneidad de la solicitud y de la subsanación realizada por la solicitante del ejercicio económico a auditar.

V

El Registrador Mercantil de Tarragona acordó estimar la solicitud de nombramiento registral de auditor, al entender que conforme al artículo 71 de la ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, si la solicitud de iniciación del acto no reúne los requisitos necesarios, señalados en el artículo 70 de la misma ley o los exigidos por la legislación específica aplicable, se podrá requerir al interesado o éste podrá intentar por sí mismo la subsanación de errores de que adolezca la solicitud siempre que lo haga en el plazo de diez días. En el caso presente, la solicitud fue presentada el 26 de marzo de 2012 y la rectificación se realizó dentro del plazo de diez días.

VI

Contra dicha resolución y por la indicada representación social se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando la causa de oposición relativa a la extemporaneidad de la instancia. Añadió que mediante la rectificación de la solicitud la peticionaria de la auditoría intentó alterar el contenido de dicha instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 71 y 79 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de la Ley de Sociedades de Capital, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 30 de marzo y 27 de abril de 2010.

1.º Con carácter previo, se ha de indicar que este procedimiento registral de nombramiento de auditor se encuentra regulado en los 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. Por lo cual los defectos de forma de la solicitud y también lo que, a juicio del Registrador Mercantil sean omisiones, deben ponerse en conocimiento de los solicitantes del nombramiento, siempre que ellos mismos no hubieran procedido a su rectificación *(cfr.* artículos 70 y 71 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

2.º La cuestión de fondo planteada se refiere al propio derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 265.2 de 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 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.

Sin embargo, en el caso presente, el error en la indicación del ejercicio económico cuya auditoría se solicitó poco ha de importar para el reconocimiento del derecho al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil, dado que del propio tenor literal del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital se infiere con claridad que la solicitud no puede referirse a otro ejercicio que al inmediatamente vencido. Pero, en cualquier caso, la solicitante que advirtió el error deslizado en su instancia, presentó en el plazo más breve posible que es el de diez días contemplado en el ya citado artículo 71 de la LRJAAPP-PAC, la subsanación de la misma despejando cualquier género de duda sobre el alcance su petición.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas para «MS Doctors, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Tarragona.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Tarragona.

Resolución de 14 de febrero de 2013 (1.ª)

En el expediente 90/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Correduría de Seguros Suecana de Multiseguros, S.L.».

HECHOS

I

D. ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia el 27 de marzo de 2012 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 50% del capital social de «Correduría de Seguros Suecana de Multiseguros, 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: 1.º) Que se trata de una sociedad no obligada legalmente a auditar sus cuentas. 2.º) Que el solicitante, administrador solidario de la compañía hasta la Junta General celebrada el 21 de diciembre de 2011, sabe que no ha solicitado al administrador único información ni aclaración alguna sobre las cuentas o la contabilidad social. 3.º) Que, consecuentemente, considera ilícita la causa de la solicitud.

III

El Registrador Mercantil de Valencia, con fecha 11 de abril de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo respecto a la alegación de ser una sociedad no obligada a auditar sus cuentas, este es precisamente el supuesto de hecho que contempla el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, que las sociedades no obligadas pasan a estarlo cuando lo solicitan socios que reúnen al menos, el cinco por ciento del capital social. Con independencia de que el solicitante nunca haya recabado información al administrador único, el derecho que tienen los socios a solicitar auditor de cuentas 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 que, aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. Por último, respecto a la mala fe del peticionario, 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.* artículos 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Insistió en que la instancia en la que se solicitó el nombramiento de auditor está fundada en una causa falsa.

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 esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, en las sociedades que, en principio no están obligadas a la verificación contable, al poder presentar en el Registro mercantil sus cuentas en forma abreviada, pueden pasar a estarlo si lo solicita un socio que reúna las condiciones de capital y tiempo exigidas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, como ocurre en el caso presente en el que uno de los socios de la compañía ha solicitado el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil.

2.º Por lo que se refiere a la falsedad o inexactitud de la causa alegada en la instancia, este Centro Directivo ha mantenido, reiteradamente, a propósito del 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 causa de estas solicitudes 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 art. 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es siempre y típicamente la misma, a saber: la inexistencia de auditoría previa, razón por la cual el art. 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 art. 350 del mismo cuerpo legal que queda enlazado con otro supuesto que es el del art. 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, completamente diferente al número 2 del mismo artículo.

3.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona el ejercicio del derecho del que se viene hablando, por el hecho de que el solicitante no haya pedido al administrador único de la compañía aclaración sobre los estados contables, pues, 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

4.º Por último, sobre las verdaderas motivaciones que hayan llevado al peticionario a solicitar 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.* artículos 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 ….., administradores único de «Correduría de Seguros Suecana de Multiseguros, S.L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Valencia el 11 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, 14 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 14 de febrero de 2013 (2.ª)

En el expediente 93/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «TAME, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó el 29 de marzo de 2012 un escrito en el Registro Mercantil de Zaragoza 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 un número de participa-

ciones sociales superior al 5% del capital social de «TAME, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad el 3 de marzo de 2012, ésta a través de su administrador solidario don ….., se opuso a la solicitud mediante escrito presentado en el Registro Mercantil de Zaragoza el 13 de marzo de 2012, alegando que la sociedad recibió la notificación de la instancia por correo certificado el 11 de abril de 2012, habiendo sido depositada en el servicio de correos el día anterior como consta en el sobre que contiene la solicitud. Añadió que conforme a lo previsto en el artículo 354.1 del Reglamento del Registro Mercantil, el Registrador debe trasladar la instancia a la sociedad en el plazo máximo de cinco días, por lo que el expediente adolece de nulidad, al haber sido trasladada extemporáneamente.

III

Transcurrido en exceso el plazo señalado, el Registrador Mercantil de Zaragoza acordó, el 17 de abril de 2012, desestimar la oposición de la sociedad, por entender que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido, reiteradamente, que la oposición por la sociedad al nombramiento de auditor 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 el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital. Valga por todas ellas la Resolución de 10 de abril de 2000: «El 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.* artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil». En el mismo sentido se pronunció la Dirección General en la Resolución de 24 de abril de 2000. En consecuencia, no es motivo en virtud del cual pueda prosperar la oposición al nombramiento de auditor que la recepción se haya producido fuera de los cinco días siguientes a la de la fecha del asiento de presentación, ya que no entraría dentro de los casos recogidos por la Dirección General de los Registros y del Notariado, sin perjuicio de los efectos que pudiera producir el incumplimiento del citado plazo de comunicación, circunstancia que, además, no se produce en este caso, ya que como consta en la notificación ésta se produjo el 3 de abril de 2012, dentro del plazo legal de cinco días, independientemente de que la fecha de recepción por parte de la sociedad hubiera sido la de 11 de abril de 2012.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando la alegación única de su escrito de oposición que, en consecuencia se da por reproducido en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 71 y 79 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.

En el procedimiento de nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil solo existen dos plazos de caducidad. El primero de ellos es el plazo de tres meses previsto en el 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y reiterado en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil para el ejercicio del derecho a la verificación contable por el socio minoritario y su transcurso sin la presentación de la instancia en el Registro Mercantil solicitando la auditoría del último ejercicio económico supone la pérdida del derecho. El segundo de ellos es el plazo de quince días previsto en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil para interponer recurso de alzada ante esta Dirección General contra la resolución del Registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento solicitado, dado que el transcurso de dicho plazo, computado en la forma establecida en el artículo 48.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, comporta la declaración de extemporaneidad, con la consiguiente inadmisión del recurso.

Los restantes plazos previstos para las notificaciones, traslados, oposición de la sociedad, resolución por el Registrador Mercantil y también por este Centro Directivo, no tienen carácter preclusivo. Es decir, su transcurso no impide la práctica del trámite previsto, ni exime al Registrador Mercantil ni a este Centro Directivo de su obligación de resolver las cuestiones de forma y de fondo planteadas, así como tampoco impide a la sociedad presentar sus alegaciones aún con posterioridad al plazo d cinco días previsto en el artículo 354.1 de la norma reglamentaria citada.

Por tanto, no puede prosperar la pretensión del recurrente pues, aún cuando fuera como dice la sociedad y se hubiera comunicado la instancia con posterioridad al plazo de cinco días, ese trámite seguiría siendo, como lo es, plenamente válido y surtiría todos los efectos previstos en la norma reglamentaria que lo configuró. Y. a mayor abundamiento, consta en la documentación obrante en el expediente que el traslado a la sociedad de la instancia y de documentos adjuntos se realizó dentro de los cinco de la presentación de la solicitud.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas para «TAME, S.L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Zaragoza el 17 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, 14 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Zaragoza.

Resolución de 14 de febrero de 2013 (3.ª)

En el expediente 94/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Cerámica Internacional, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., el 30 de marzo de 2012 presentó una instancia en el Registro Mercantil de Alicante solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 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 2011.

II

Trasladada a la sociedad dicha instancia, así como de la resolución dictada el 26 de abril de 2011 por el Registrador Mercantil de Alicante resolviendo la solicitud formulada por la misma peticionaria para verificar las cuentas del 2010, ésta a través de sus administradores manomunados, doña …..y don ….., 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 ésta 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 tampoco 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 17 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud formulada por la peticionaria, 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. Dicha doctrina es muy permisiva en orden a la acreditación de la legitimación del solicitante pues basta aportar un principio de prueba, correspondiendo a la sociedad que se oponga aportar un principio de prueba contradictorio, no bastando con negar dicha legitimación.

IV

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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, 30 de mayo de 2007 y la de 16 de julio de 2012.

Procede confirmar por ajustado a derecho el fundamento jurídico único 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 se aportaron al expediente hincado a su instancia por la que se solicitó la auditoría de cuentas del ejercicio 2011, entre otros el certificado 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, D. Urbao Alvarez Merino, 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 acre-

ditativo 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 ésta 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 ….. don ….., administradores mancomunados de «Cerámica Internacional, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Alicante de 17 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, 14 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado. Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 14 de febrero de 2013 (4.ª)

En el expediente 95/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Comercial Castelló i Associats, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lleida, el 20 de marzo 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 «Comercial Castelló I Associats, 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, don ….., alegando, en síntesis: 1.º) Que existe un error en lo que se refiere a la indicación de la letra del DNI del administrador social y firmante del escrito de oposición. 2.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 un conflicto abierto entre el solicitante y el firmante del escrito, lo que está afectando al buen funcionamiento de la sociedad. 3.º) Que el solicitante en ningún momento a requerido la documentación contable de la sociedad antes de ejercitar su derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas. Finalizaba solicitando la comunicación y conocimiento de la retribución del auditor.

III

La Registradora Mercantil de Lleida, con fecha 11 de abril de 2012, 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. 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 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 la presente resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso. 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 Anó-

nimas– 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 art. 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 art. 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 art. 350 del mismo cuerpo legal que queda enlazado con otro supuesto que es el del art. 265.1 de la Ley de Sociedades 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.* artículos 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 al no ejercicio por el peticionario del derecho de examen e información de la contabilidad social, esta Dirección General también ha mantenido que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

4.º Finalmente, se ha de indicar que ni el Registro Mercantil ni este Centro Directivo determinan cual debe ser la concreta retribución del auditor, sino que, conforme a lo previsto en el artículo 362.1 del Reglamento del Registro Mercantil, solo establecen una referencia para su cálculo.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador de «Comercial Castelló i Associats, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Lleida el 11 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, 14 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Lleida.

Resolución de 15 de febrero de 2013 (1.ª)

En el expediente 99/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Hábitat Varsovia, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lleida el 26 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 2605.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 5% del capital social de «Hábitat Varsovia, S.L.» el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2011.

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 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 de 16 de abril de 2012 requirió a la solicitante de la auditoría para que aportara al expediente documentación acreditativa de su

legitimación. Lo que así hizo la interesada que adjuntó al escrito presentado el 23 de abril de 2012 copia de escritura de cambio de denominación social, autorizada por el notario de Lleida, Sr. Soler, el 1 de abril e 2004, bajo el número 1094 de su protocolo, así como otra de compraventa de participaciones sociales por el notario de Lleida Sr. Gómez, bajo el número 630 del su protocolo.

IV

Por resolución de 27 de abril de 2012 la Registradora Mercantil de Lleida denegó 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 –artículo 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) Es indiferente la expresión de la causa de la solicitud pues esta es siempre y típicamente la misma. 3.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. 4.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.

V

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 s aportara documento acreditativo alguno.

VI

Con fecha de 16 de noviembre de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil de Lleida al que adjuntaba escrito de la solicitante de la auditoría de cuentas, de 9 de noviembre de 2012, desistiendo de su pretensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Esta Dirección General ha resuelto admitir de plano el desistimiento presentado por doña ….., solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Hábitat Varsovia, S.L.», y declarar concluso el procedimiento.

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

Madrid, 15 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Lleida.

Resolución de 15 de febrero de 2013 (2.ª)

En el expediente 100/2012, sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Compañía Leridana de Arrendamientos Urbanos, S.L.».

HECHOS

I

Doña …. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lleida el 26 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 2605.2 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 2011.

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 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 16 de abril de 2012, 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 –artículo 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) Es indiferente la expresión de la causa de la solicitud pues esta es siempre y típicamente la misma. 3.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. 4.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 s sienta perjudicado podrá acudir a la vía judicial civil para exigir la reparación de los perjuicios ocasionados.

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 s aportara documento acreditativo alguno.

V

Con fecha de 16 de noviembre de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil de Lleida al que adjuntaba escrito de la solicitante de la auditoría de cuentas, de 9 de noviembre de 2012, desistiendo de su pretensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Esta Dirección General ha resuelto admitir de plano el desistimiento presentado por doña ….., solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Compañía Leridana de Arrendamientos Urbanos, S.L.», y declarar concluso el procedimiento.

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

Madrid, 15 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Lleida.

Resolución de 15 de febrero de 2013 (3.ª)

En el expediente 101/2012 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Petropinar, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Guadalajara el 29 de marzo de 2012 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 socia de «Petropinar, S.L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

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 tiene ninguna participación en la compañía, ya que la totalidad de las participaciones sociales pertenecen a don ….. y a don ….. 2.º) Que sustenta su petición en una sentencia del Juzgado de Primera Intancia de Sigüenza, de liquidación de sociedad de gananciales, autos 152/2011. Respecto de la misma, cabe señalar que el fallo no hace ningún pronunciamiento sobre la administración de las participaciones sociales y que, asimiemo, la sentencia no es firme. 3.º) Que la sociedad está pasando por un mal momento de tesorería, lo que le imposibilita a costear los honorarios del auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de Guadalajara, con fecha 18 de abril de 2012, acordó estimar las solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado, señalando que, en cuanto a la falta de legitimación de doña ….., para solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas por no ser titular de ninguna participación, cabe decir, que resulta acreditado, según el Registro, el carácter ganancial de más del cinco por ciento del capital social a través de la propia escritura de constitución de la sociedad de treinta de diciembre de dos mil dos, de la que resulta estaba ya casada con don ….., y de la escritura de ampliación de capital de fecha veintiocho de marzo de dos mil siete. En la solicitud de nombramiento de auditor añade la señora Albacete Rodrigálvarez que el 9 de Febrero de 2011 recayó Sentencia de Divorcio, estando dicha sociedad de gananciales ahora en fase de liquidación y adjudicación. Estando la sociedad de gananciales en fase de liquidación y adjudicación, cualquiera de los cónyuges, sin consentimiento del otro y en beneficio de los bienes comunes, actuando conjuntamente o por separado, puede solicitar el nombramiento, y ello porque la solicitud no es más que un acto de gestión y no un acto de administración o disposición de las participaciones. La Sentencia de fecha 18 de Enero de 2012, no firme, que ha aportado la señora Albacete Rodrigálvarez para reconocer el carácter ganancial de dichas participaciones sociales, no es motivo para deslegitimar su derecho de solicitud, puesto que dicha sentencia lo único que hace es reiterar lo que ya consta en el Registro Mercantil, no aportando ninguna prueba en contra. Por otra parte, la imposibilidad de hacer frente al pago de los honorarios del auditor de cuentas, no obsta al derecho que tiene el socio a que se auditen las cuentas, correspondiendo los gastos de la auditoría por disposición expresa de la Ley y sin que quepa margen interpretativo alguno, a la sociedad y por ser los socios, que no la sociedad, quienes juzgan si la auditoría es útil y necesaria o no.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso, en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando, básicamente, los argumentos aducidos en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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 el solicitante de la auditoría ha acreditado o no su legitimación para el ejercicio del derecho a la verificación contable.

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 –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Es a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que la solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

En el supuesto analizado, acreditada en el expediente por la información facilitada por el Registrador Mercantil de Guadalajara (Cf. Hechos III), la condición de socio de don ….. y su titularidad sobre un número de participaciones sociales, equivalente a más del 5% del capital social, ha quedado, básicamente, acreditada la legitimación de su cónyuge, Doña María Isabel Albacete Rodrigálvarez, para ejercer el derecho al nombramiento registral de auditor. Esta misma conclusión se extrae también de la Sentencia de 18 de enero de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Sigüenza, cuyo fundamento de derecho «quinto» dispone que las participaciones de la compañía serán administradas conjuntamente por ambos cónyuges.

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 post-ganancial, 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.

2.º Tampoco la alegación relativa a las dificultades económicas de la sociedad para costear los gastos de la auditoría puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor, dado que por expresa disposición del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades de Capital los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto don ….., en su condición de representante de la entidad mercantil «Petropinar, S.L.» y confirmar las Resoluciones del Registrador Mercantil de Guadalajara el 18 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, 15 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Guadalajara.

Resolución de 15 de febrero de 2013 (4.ª)

En el expediente 141/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Automotor Torelló, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 14 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 «Automotor Torello, 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 solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la Junta general de la sociedad celebrada el 25 de enero de 2012 acordó por una mayoría de capital social del 87% nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo para el ejercicio 2011, recayendo dicho nombramiento en la sociedad «Activa Auditoría & Consultoría, S.L.P.» 2.º) Que esa misma Junta General acordó compensar las pérdidas con una nueva ampliación de capital mediante las aportaciones de los socios en proporción a su participación en el capital social. La solicitante no acudió a dicha ampliación, por lo que su participación ha quedado reducida a menos del 5%, careciendo por tanto de legitimación para solicitar el nombramiento de auditor. Adjuntaba a su escrito, entre otros documentos, documento privado firmado por el representante de la sociedad auditora aceptando el encargo de auditar las cuentas correspondientes a los ejercicios 2011, 2012 y 2013, con firma legitimada por la Notaria de Barcelona, Doña Elisabeth García Cueto, el 13 de febrero de 2012.

III

Con fecha de 16 de marzo de 2012 la solicitante de la auditoría de cuentas presentó en el Registro Mercantil un escrito en el que mantenía la improcedencia de la suspensión del nombramiento de auditor de cuentas.

IV

El 22 de marzo de 2012 el Registrador Mercantil número XVI de Barcelona puso en conocimiento de la solicitante de la auditoría de cuentas que no es posible acceder a la medida que solicitó pues el Registrador considera que la designación de auditor por la sociedad puede afectar a la resolución del expediente iniciado a su instancia para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

V

El Registrador Mercantil número XVI de Barcelona, con fecha 11 de abril de 2011, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la sociedad presentó el 23 de febrero de 2012 los documentos necesarios para la inscripción del nombramiento de auditor que fue suspendida por defectos subsanables mediante nota de 5 de marzo de 2012, mantuvo que, respecto a la ampliación de capital social invocada por la sociedad no ha de impedir que la solicitante ejercite su derecho, dado que no ha acreditado la elevación del acuerdo social a escritura pública, ni obviamente fue presentada para su inscripción en el Registro Mercantil, requisitos ambos exigidos por el artículo 19.2 del Código de Comercio y 315 de la Ley de Sociedades de Capital y 165 del Reglamento del Registro Mercantil. Respecto al nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad, conforme a la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, solo pude enervar el derecho del socio si acredita 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 ha acreditado que el nombramiento fue previo a la solicitud de la socia minoritaria, al haber aportado el documento firmado por el representante de la sociedad auditora con testimonio notarial de legitimación de firma, de manera que conforme a lo dispuesto en el artículo 1227 del Código Civil, es anterior a la presentación de la solicitud de la minoría en el Registro Mercantil, el 14 de febrero de 2012. Asimismo, también ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de las cuentas del 2011, mediante la inscripción del nombramiento que tuvo lugar el 2 de abril de 2012.

VI

Contra dicha resolución la solicitante de la auditoría de cuentas, doña ….., interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, resumidamente, que el nombramiento voluntario de auditor tuvo lugar durante el año 2012 y, por tanto, sin respetar los plazos previstos en el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital para el nombramiento de auditores por la Junta General.

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 Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Barcelona pues, en contra de lo que entiende la solicitante de la auditoría de cuentas en las sociedades que por ley no están sujetas a la obligación de verificación contable, es decir, aquellas que pueden depositar sus cuentas en el Registro Mercantil en forma abreviada, no rigen las condiciones de competencia para realizar el nombramiento de auditor ni de plazos previstos en a ley de Sociedades de capital para aquellas otras sociedades que sí lo están, al tener que presentar sus cuentas en modelo normal. De tal manera que en el primer tipo de sociedades tanto la Junta general como el órgano de administración social pueden realizar el nombramiento voluntario de auditor, dado que se trata, en definitiva, de un acto de gestión y buena administración.

2.º Respecto a la segunda cuestión planteada, relativa a cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria alegada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas, también procede confirmar el acuerdo recurrido pues el derecho de la socia minoritaria al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2011 ha quedado enervado por el

nombramiento voluntario de auditor realizado por la sociedad, al reunir las dos condiciones exigidas por este Centro Directivo, que son: *a)* Que el nombramiento de auditor sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice 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 encargo de auditoría fue aceptado por el representante de la empresa auditora «Activa Auditoría & Consultoría, S.L.P.» el 13 de febrero de 2012, esto es, con anterioridad a la presentación de la instancia de la solicitante de la auditoría en el Registro Mercantil de Barcelona el 14 de febrero de 2012, lo que queda garantizado por el testimonio notarial de legitimación de firma, realizado por la Notaria de Barcelona, Doña Elisabeth García Cueto. Y, asimismo, ha garantizado el derecho de la solicitante al informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2011, mediante la inscripción del nombramiento que, finalmente, se practicó el 2 de abril de 2012. Por lo que se ha de concluir que la sociedad ha enervado el derecho de la socia minoritaria.

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 «Automotor Torelló, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XVI de Barcelona el 11 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, 15 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XVI de Barcelona.

Resolución de 18 de febrero de 2013

En el expediente 103/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Trans Citric Ribera, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia 22 de marzo 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 5% del capital social de «Trans Citric Ribera, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administradora única doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Falta de legitimación del solicitante. La única persona conocida para la compañía es don ….., pareja de hecho de la solicitante. Es decir, ella es una desconocida para la compañía y, además, no ha satisfecho la deuda procedente de la compra de participaciones. 2.º) Que con posterioridad se tuvo conocimiento de que don ….. había montado una red comercial con el fin de usurpar el fondo de comercio de la compañía. 3.º) Que la entidad comercial por medio de la que se ha descapitalizadlo esta compañía es «Group Fret Logistic, S.L.» domiciliada en Alicante, por la solicitante de la auditoría y don ….. 4.º) Que, una vez advertidos estos hechos ilícitos, ambos desaparecieron de la compañía y no atendieron a ninguna llamada ni requerimiento.

III

El Registrador Mercantil número V de Valencia, con fecha 12 de abril de 2012, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. Tras señalar que el nombramiento registral de auditor de cuentas no es una medida excepcional, sino un derecho reconocido a quienes reúnan los requisitos de capital y tiempo legalmente previstos, añadió que para la acreditación de la legitimación basta aportar un principio de prueba, como lo ha sido en este expediente la escritura de venta de participaciones sociales y de acuerdo social de aumento de capital social de 22 de diciembre de 2009, que la sociedad no ha desvirtuado mediante prueba en contrario. Respecto al posible abuso de derecho, resulta imposible examinar en este procedimiento las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría de cuentas, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(cfr.* artículos 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.

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.

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, 11 de diciembre de 2009 y 21 de julio de 2010.

1.º Con carácter previo, cabe señalar que el limitado ámbito de conocimiento atribuido por el Reglamento del Registro Mercantil a este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, impide a este Centro Directivo pronunciarse sobre las cuestiones alegadas por la recurrente distintas a la de la legitimación de la solicitante de la auditoría de cuentas.

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

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: las escrituras de constitución y posterior ampliación de capital inscritas (artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil), sin que la sociedad, por su parte, haya aportado prueba alguna demostrativa de que hubiera perdido su condición de socia, puesto que, como ya se dicho, este Centro Directivo no puede conocer ni la validez del contrato ni tampoco otras cuestiones relativas al incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes.

2.º Tampoco puede prosperar las alegaciones que cuestionan la buena fe de la solicitante, dado que, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones pues, 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.* artículos 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 «Trans Citric Ribera, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número V de Valencia el 12 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, 18 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número V de Valencia.

Resolución de 19 de febrero de 2013 (1.ª)

En el expediente 104/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Perdices Sierra de Guara, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., actuando en nombre y representación de don ….., en virtud del poder otorgado el 11 de noviembre de 2011, ante el notario de San Sebastián D. Enrique García Jalón, bajo el número 1484 de su Protocolo, presentó un escrito en el Registro Mercantil de Huesca el 28 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Perdices Sierra de Guara, S.L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis: 1.º) Que el firmante del escrito carece de facultades representativas para instar el nombramiento de auditor de cuentas en nombre de don ….., dado que se

aportó un poder general para pleitos, claramente insuficiente para instar ante el registro mercantil el nombramiento de auditor de cuentas. 2.º) Que quien pretende representar al socio solicitante, presentó en el Juzgado de lo Mercantil de Huesca una solicitud de Convocatoria de Junta General, la cual fue denegada en Auto de 12 de julio de 2012, en base de que el apoderado no puede interferir en los negocios jurídicos del poderdante con terceros.

III

La Registradora Mercantil de Huesca, con fecha 17 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud formulada, por entender que el poder general aportado faculta a don ….. para solicitar en nombre del socio minoritario el nombramiento registral 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 las alegaciones de su escrito de oposición y añadiendo que la intención última de los socios no es tener la opinión de un experto independiente sino la de crear un perjuicio económico a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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.

Procede confirmar el fundamento jurídico único del acuerdo dictado por la Registradora Mercantil de Huesca pues el acto de solicitar la convocatoria judicial de Junta General en nombre y por cuenta del socio es ostensiblemente diferente del acto de presentar una instancia o interponer un recurso o cualquier otro de la misma naturaleza para los que habilita el poder general para pleitos, aportado al expediente por la representación del socio. Y, si esta afirmación es válida en el ámbito de actos de gestión, tanto lo es más en el ámbito de un procedimiento registral regulado por las normas del Reglamento del Registro Mercantil y supletoriamente por las de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 32 prevé que para formular solicitudes, presentar recursos o renunciar a derechos deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho *(cfr.* artículo 32.3 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador solidario de «Perdices Sierra de Guara, S.L.», y confirmar la Resolución de la Registradora Mercantil de Huesca de 17 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, 19 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Huesca.

Resolución de 19 de febrero de 2013 (2.ª)

En el expediente 105/2012 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Congelados Arroyo, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., Bañón presentó un escrito en el Registro Mercantil de Toledo el 27 de marzo de 2012 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 socio de «Congelados Arroyo, S.L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión negando la legitimación la solicitante de la auditoría, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que invoca, indebidamente, el artículo 290 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º) Que el solicitante tiene libre acceso a la contabilidad y a la información financiera de la sociedad. 3.º) Que falta a la verdad cuando indica que todavía no se ha liquidado la sociedad de gananciales a la que pertenecen las participaciones sociales. 4.º) Que existe un trámite judicial en el que puede invocar el nombramiento de un perito judicial.

III

La Registradora Mercantil de Toledo, con fecha 26 de abril de 2012, acordó estimar las solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado, al entender que, en primer lugar, la invocación que hace en la solicitud al artículo 290 de la Ley de Sociedades de Capital, si bien es cierto que nada tiene que ver con la verificación de cuentas y nombramiento de auditores, en la solicitud se relacionan otros artículos como el 350 del Reglamento del Registro Mercantil que si se refiere al nombramiento de auditores de cuentas y del contenido de la misma se deduce la solicitud del nombramiento de auditor de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2011. En segundo lugar, en cuanto al acceso del solicitante a la contabilidad social, señaló que los derechos de información y auditoría son distintos por su contenido y efectos y por las condiciones requeridas para su ejercicio. Sobre la alegación relativa a que se ha liquidado la sociedad de gananciales a la que pertenece y en vista de la copia de diligencia de ordenación de 19 de marzo de 2011 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Ocaña en el procedimiento de liquidación de gananciales número 0000094/2012, que se acompaña, en la cual se convoca a las partes para la formación de inventario de la sociedad de gananciales, de la misma se deduce que en la actualidad no se ha liquidado la sociedad de gananciales y por lo tanto dicha oposición no puede estimarse ya que el solicitante como titular con carácter ganancial de las participaciones está legitimado para realizar actos de administración y gestión de la sociedad, que es la naturaleza que debe atribuirse a la acción de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor y, por tanto, cualquiera de ellos está legitimado para ejercitar el derecho reconocido al socio minoritario por el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, y en base a que la sociedad de gananciales formada por don … y doña ….., está en fase de liquidación, tras la disolución de la sociedad de gananciales, se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad post-ganancial, en tanto no se proceda a su definitiva liquidación. El solicitante, por lo tanto y al tiempo de cursar la petición tiene las facultades de administración y gestión de bienes y derechos incluidos en la sociedad de gananciales, la cual se encuentra en procedimiento de liquidación, según se acredita con la copia de la diligencia antes citada. Sobre la alegación basada en que existe un trámite judicial previo en el que el socio puede solicitar el nombramiento de un perito judicial para la valoración de las participaciones de la sociedad, tampoco puede prosperar. El informe que, en su caso, emita el perito nombrado versará sobre la valoración razonable de sus participaciones sociales conforme a lo dispuesto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, diferente, por lo tanto, del informe que, en su caso, emita el auditor de cuentas nombrado a solicitud del socio minoritario sobre la verdadera situación financiera y patrimonial de la sociedad, conforme a lo dispuesto en el artículo 265 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, básicamente, los argumentos aducidos en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Insistió en que la sociedad de gananciales que existió entre el solicitante de la auditoría de cuentas y doña ….., está en proceso de liquidación.

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 de fondo que plantea el presente recurso se centra en determinar si el solicitante de la auditoría ha acreditado o no su legitimación para el ejercicio del derecho a la verificación contable. 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 –artículo 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 la condición de socia de Doña Esther González del Río y su titularidad sobre un número de participaciones sociales, equivalente a más del 5% del capital social, ha quedado, básicamente, acreditada la legitimación de éste para ejercer el derecho al nombramiento registral de auditor.

La sociedad recurrente, por su parte, no ha logrado desvirtuar dicha legitimación y ello, en primer lugar, porque, tras la disolución de la sociedad de gananciales se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad post-ganancial, en tanto no se proceda a su 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.

2.º Tampoco puede prosperar la pretendida incompatibilidad que alega el recurrente entre el derecho de información del solicitante y el derecho a la verificación contable que ha ejercitado para el ejercicio 2011, dado que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 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 administradora solidaria de «Congelados Arroyo, S.L.», y confirmar la Resolución de la Registradora Mercantil de Toledo de 26 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, 19 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Toledo.

Resolución de 20 de febrero de 2013 (1.ª)

En el expediente 106/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sistemas Informáticos La Carlota, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Córdoba el 28 de marzo de 2012 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 «Sistemas Informáticos La Carlota, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 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 Extraordinaria de 15 de marzo de 2012, a pesar de haber sido debidamente convocada. Por tanto su participación en el capital social quedó por debajo del 5%.

III

El Registrador Mercantil de Córdoba, con fecha 24 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud presentada por la minoría, al entender que, 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.

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 no se puede ir en contra de lo dispuesto en los artículos 311 a 316 de la Ley de Sociedades de Capital, que es la única referencia temporal para que los acuerdos de aumento de capital social se eleven a público y se inscriban en el 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 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 Extraordinaria 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 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 28 de marzo de 2012, 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 indica la sociedad, el acuerdo de la Junta General de 15 de marzo de 2012 no se presentó para su inscripción en el Registro Mercantil, como exige el artículo 315.1 de la Ley de Sociedades de Capital. Consecuentemente, se ha de concluir con el Registrador Mercantil de Córdoba que el socio minoritario reunía, el 28 de marzo de 2012 –fecha en la que presentó su instancia en el Registro Mercantil– más del 5% de capital social que le legitiman para ejercitar el derecho.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador único de «Sistemas Informáticos La Carlota, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Córdoba el 24 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, 20 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Córdoba.

Resolución de 20 de febrero de 2013 (2.ª)

En el expediente 108/2012 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «O2 Comunicación, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., en representación de su hija menor, doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 29 de febrero de 2012 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% de capital social de «O2 Comunicación S.L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador único don ….., se opuso a dicha pretensión negando la legitimación de las solicitantes al estar pendiente de reparto la herencia del socio fallecido en la cual fundan su solicitud.

III

El Registrador Mercantil número XI de Madrid, con fecha de 19 de abril de 2012, acordó estimar las solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado, al entender que, es a partir del fallecimiento del socio y titular de las acciones cuando se puede entender de forma laxa la legitimación de las solicitantes, tal y como establece el artículo 882 del Código Civil al conceder a los legatarios la propiedad sobre el objeto del legado desde la muerte del testador, lo que significa que forman parte de una comunidad hereditaria titular de las participaciones sociales que invocan y que, como tal pueden ejercer el derecho de auditoría. Así lo ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución de 21 de febrero de 2001.

IV

El 10 de mayo de 2012 don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, desistiendo de todas las actuaciones indiciadas, incluida la de nombramiento de auditor d cuentas. Dicho escrito tuvo entrada en el registro general de este Departamento ministerial, junto con el oficio de remisión del Registrador Mercantil el 16 de mayo de 2012.

V

Con fecha de 10 de julio de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Madrid, al que adjuntaba un escrito firmado por Doña María del Mar Santamaría Núñez y su hija menor, Doña Celia Llopis Santamaría, solicitantes de la auditoría de cuentas, desistiendo de su solicitud de verificación de las cuentas del ejercicio 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91 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 el desistimiento presentado por las solicitantes de la auditoría de cuentas doña ….. y doña ….. y el presentado por el administrador de la sociedad «O2 Comunicación, S.L.»., don ….., y declarar concluso el procedimiento de nombramiento de auditor de las cuentas del ejercicio 2011 de la sociedad «O2 Comunicación, S.L.».

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

Madrid, 20 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XI de Madrid.

Resolución de 20 de febrero de 2013 (3.ª)

En el expediente 107/2012 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socio de «Teizanor, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 23 de marzo de 2012 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% de capital social de «Teizanor, S.L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de doña ….., en su condición de administradora única de la sociedad, se opuso a dicha pretensión negando la legitimación del solicitante de la auditoría, al no estar disuelta y liquidada la sociedad de gananciales.

III

El Registrador Mercantil número XIII de Madrid, con fecha de 18 de abril de 2012, acordó estimar las solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado, al entender que, en orden a tal legitimación, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado «que el Reglamento del Registro Mercantil no ha querido ser riguroso con el socio ala 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 tal presunción 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 encías posiciones jurídicas de las partes en este procedimiento. En el presente caso, consta de los archivos del Registro y de la documentación aportada por ambas partes, que don ….., estaba casado con doña ….. en el momento que se suscribieron las acciones y en el escrito de oposición, la misma oponente manifiesta que no se ha procedido todavía a la liquidación de la sociedad de gananciales. Por tanto, el solicitante es titular al igual que doña ….. de las 66.500 acciones adquiridas con fecha 3 de junio de 2005, vigente el matrimonio entre ambos y régimen ganancial del mismo. Según el Art. 1316 C.C. se presumen gananciales y, por tanto, comunes, los bienes existentes durante el matrimonio mientras que no se pruebe que pertenecían privativamente al marido o la mujer. De ello resulta que el solicitante de la auditoría aporta un principio de prueba de su titularidad sobre esas acciones al alegar el carácter ganancial de las mismas. Por su parte la sociedad no ha desvirtuado la presunción de titularidad, pues no ha acreditado por ningún medio de prueba en contrarío que no fueran bienes gananciales. De todo ello, cabe afirmar que las acciones nominativas de la sociedad «Teizanor, SA» se adquirieron en régimen de gananciales. Pues bien, acreditado el carácter ganancial de la participaciones, procede reiterar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, diciendo que efectivamente esta legitimado cualquiera de los miembros de la sociedad de gananciales– aún estando ésta disuelta y en fase de liquidación– para realizar actos de gestión y administración de la sociedad de gananciales, ya que ésta es la naturaleza que debe atribuirse a la acción de solicitar del registrador mercantil el nombramiento de un auditor (Res. D.G.R.N. de 08 de abril de 1997, 21 de diciembre de 1998, 24 de junio y 26 de septiembre de 2002, 20 de enero, 28 de septiembre y 16 de octubre de 2004, entre otras). En esta misma línea la Res. 30 de noviembre de 2007, establece que en una sociedad de gananciales cualquiera de los cónyuges, sin consentimiento del otro, puede solicitar el nombramiento 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.

V

Con fecha de 29 de enero de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Madrid, al que adjuntaba un escrito firmado por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, con firma legitimada notarialmente el 21 de diciembre de 2012, en el que renunciaba a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91 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 el desistimiento presentado por el solicitante y declarar concluso el procedimiento de nombramiento de auditor de las cuentas del ejercicio 2011 de la sociedad «Teizanor, S.L.» instado 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, 20 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil número XIII de Madrid.

Resolución de 21 de febrero de 2013

En el expediente 110/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Los Jazmines Residencial Tercera Edad, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Murcia el 16 de marzo 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 «Los Jazmines Residencial Tercera Edad, 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 mancomunada, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que sorprende que la instancia no haya sido suscrita por apoderado, ya que el solicitante tiene prohibida cualquier relación con la administradora mancomunada. 2.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable, por lo que la petición es improcedente e inútil pues conllevaría gastos importantes. 3.º) Que la solicitud no tiene otra finalidad que perturbar el funcionamiento de la sociedad, sin que se acredite motivo alguno para la petición de auditoría una orden de alejamiento participaciones sociales. 2.º) Que la solicitud supone un abuso de derecho por ser ejercitado con el propósito de hacer incurrir a la sociedad en gastos innecesarios. Los solicitantes han presentado una pretendida oferta del Grupo Nueva Rumasa que, finalmente, ha resultado ser falsa.

III

El Registrador Mercantil de Murcia, con fecha 12 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo que, respecto a la primera alegación de la sociedad, que el peticionario no ha iniciado ninguna relación con la administradora con su solicitud de auditoría de cuentas, sino que la ha iniciado con el Registro Mercantil que es su único interlocutor en este procedimiento. El hecho de que la sociedad no esté obligada a la verificación contable, es precisamente el presupuesto contemplado en la Ley de Sociedades de capital para solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas. Por último, las alegaciones de la sociedad sobre la intención torticera del solicitante, mantuvo que la instancia no tiene por qué expresar la causa de la petición al ser ésta siempre y típicamente la misma. Y ello, sin perjuicio de que, de ser abusivo el ejercicio del derecho, la sociedad pueda ejercitar contra el socio las acciones que a su derecho competan.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando 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, las sociedades que, en principio, no están obligadas a la verificación contable por poder presentar sus cuentas en el Registro Mercantil en forma abreviada, pueden pasar a estarlo cuando lo solicita un socio que reúne las condiciones de capital y tiempo exigidas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2.º Por lo que se refiere a la inexpresión de la causa de la petición, como ha mantenido reiteradamente este Centro Directivo, sobre 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 –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 art. 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 art. 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 art. 350 del mismo cuerpo legal que queda enlazado con otro supuesto que es el del art. 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, completamente diferente al número 2 del mismo artículo.

3.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe del 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.* artículos 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

4.º Por último, en cuanto al conocimiento y acceso del socio a la documentación financiera y contable de la sociedad, se ha de recordar a la recu-

rrente que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 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 mancomunada de «Los Jazmines Residencial Tercera Edad, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Murcia el 12 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, 21 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil número XV de Madrid.

Resolución de 27 de febrero de 2013

En el expediente 109/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «La Loba de Argumosa, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 30 de marzo de 2012 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 Loba de Argumosa, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante tiene a su disposición toda la información contable que ha necesitado por ser gestor y contable de la sociedad. 2.º) Que los estados contables necesarios para formular las cuentas anuales han permanecido en poder del solicitante hasta el día 4 de mayo de 2012, a pesar de los reiterados requerimientos realizados por la sociedad. 3.º) Que por parte de la sociedad se ha formulado una denuncia por apropiación indebida de una cantidad que asciende a 20.186,61 euros. 4.º) Que esta situación ha mermado económicamente las disponibilidades de la sociedad, lo que hace muy difícil asumir los costes de la auditoría de cuentas.

III

El Registrador Mercantil número XV de Madrid, con fecha 20 de abril de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo sin perjuicio de que el solicitante conozca la situación financiera y contable de la sociedad, el derecho que tienen los socios a solicitar auditor de cuentas 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 que, aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. La manifestación de que a día de hoy no se ha sometido a aprobación de la Junta de Socios las cuentas anuales, en nada enerva el derecho del socio a la auditoría. Respecto a las dificultades económicas de la sociedad para afrontar los gastos d auditoría, no puede ser considerado causa de oposición, pues el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es taxativo y sin dejar margen interpretativo alguno, dispone que los gastos de auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad. La alegación de la sociedad sobre la denuncia presentada contra el solicitante por apropiación indebida, es irrelevante en esta resolución, por ser una cuestión de orden civil y penal que no afecta a la legitimación del socio.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, básicamente, las alegaciones formuladas en 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 esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la primera cuestión relativa al conocimiento que tiene el solicitante de los estados financieros y contables, basta señalar, como lo hizo el Registrador Mercantil, que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º En cuanto a la denuncia interpuesta por la sociedad contra el solicitante por una posible infracción de apropiación indebida, sin perjuicio de las repercusiones penales que en otos ámbitos pueda tener, carece de incidencia en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que no se está cuestionando la condición de socio ni su porcentaje de participación en el capital social de la compañía.

3.º Por último, tampoco las dificultades económicas que alega la sociedad pueden impedir que el socio ejercite su derecho pues, como ha mantenido este Centro Directivo, 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., representante de «La Loba de Argumosa, S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número XV de Madrid de 20 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, 27 de febrero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil número XV de Madrid.

Resolución de 28 de febrero de 2013

En el expediente 102/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Suministros Agrícolas Terra, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra el 25 de marzo de 2012, 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 «Suministros Agrícolas Terra, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ….. y don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que el solicitante de la auditoría fue administrador solidario hasta el 10 de junio de 2011, como se acredita mediante copia de escritura adjunta. 2.º) Que el día 11 de noviembre de 2011 los administradores sociales fueron requeridos notarialmente para que convocaran una Junta General que se celebró el 15 de febrero de 2012 en el despacho del notario de Cambados, D. Francisco Manuel Botana Tomba, reunión en la que se acordó el nombramiento de un auditor titular y su suplente para los ejercicios 2012, 2013 y 2014. Para acreditarlo acompañaban copia del acta de notificación y requerimiento autorizada por el Notario de Cambados el 11 de noviembre de 2011, número 814 de su protocolo y acta notarial autorizada en 15 de febrero d 2012 por el también notario de Cambados don Francisco Manuel Botana Torón número 250 de su protocolo. 3.º) Que los documentos contables y de gestión de la sociedad van a estar en poder del solicitante, próximamente. 4.º) Que es incomprensible el proceder del solicitante, pues adeuda importantes cantidades a la sociedad. Finalizó su escrito solicitando se procediera a nombrar auditor de cuentas al mismo auditor que verificará las cuentas de 2012, 2013 y 2014.

III

La Registradora Mercantil Pontevedra resolvió, con fecha 10 de abril de 2012, estimar la solicitud formulada por el socio minoritario. Mantuvo que el hecho de que hubiera osten-

tado el cargo de administrador solidario de la compañía no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, puesto que solo ejerció el cargo durante una parte del ejercicio 2011, dado que consta en la hoja abierta a la sociedad que cesó en el cargo en octubre de 2011. Sobre los acuerdos adoptados en la Junta general de 15 de febrero de 2012, en la que se procedió a nombrar auditor de cuentas para los ejercicios 2012, 2013 y 2014, no pude impedir que el socio solicite el nombramiento registral para las cuentas del ejercicio 2011, pues su solicitud se presentó dentro del plazo de los tres meses señalados en la ley, dado que conforme al artículo 26 de los estatutos sociales, éste cierra cada 31 de diciembre. El que el solicitante pueda tener acceso a los documentos contables, tampoco puede enervar el ejercicio del derecho puesto que los derechos de información y auditoría aunque relacionados, presentan diferencias, tanto por sus requisitos y sus efectos como por las condiciones para su ejercicio. En cuanto a las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría, 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.* artículos 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 no puede ser atendida la petición de la sociedad de que se designa al mismo auditor nombrado por la empresa.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, s dan por reproducidas en esta instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que la Junta general tiene facultades para anular el acuerdo de nombramiento registral de auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 42 del Código de Comercio, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2005 y, como más recientes, la de 9 de diciembre de 2008, la de 21 de abril de 2009 y la de 13 de junio de 2011.

1.º Procede confirmar, por sus propios fundamentos, la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Pontevedra que, siendo ajustada a derecho, no ha sido desvirtuada por ninguna de las alegaciones aducidas por la sociedad. En efecto, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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 su ejercicio, 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.

Esta es la razón por la que el socio minoritario solo pudo solicitar la auditoría de cuentas en el año 2012 y respecto al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2011. Y, en contra de lo que la sociedad entiende, la declaración del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento de auditor de cuentas solo podría ser revocada este por Centro Directivo, no por la sociedad, de tal manera que la desestimación del recurso de alzada contra la decisión registral que declara la procedencia del nombramiento supone que la sociedad no podrá depositar las cuentas anuales del ejercicio 2011 si no las acompaña del informe de auditoría realizado por el auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil.

2.º Frente la alegación que cuestiona la legitimación del solicitante por haber sido administrador solidario, se ha de oponer la doctrina mantenida por este Centro Directivo, conforme a la cual el hecho de que en el socio minoritario concurra 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 todo el ejercicio económico para el que solicita la auditoría hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ostentado la condición de administrador solidario –lo que no ha ocurrido– 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.

3.º Sobre el ejercicio del derecho de información y examen de cuentas, también ha sido reiterada la doctrina de esta Dirección General manteniendo, 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículos 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

4.º Tampoco pueden analizarse en este procedimiento las motivaciones que han llevado al socio a instar la auditoría de cuentas, pues el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento de nombramiento registral de auditor 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. artículos 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. Por último, se ha de rechazar la pretensión de la sociedad dirigida a que el Registrador Mercantil nombre como auditor de cuentas al profesional designado por ella para auditar las cuentas de ejercicios futuros, dado que debe nombrarlo por el procedimiento ordinario previsto en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….. y don ….., administradores mancomunados de «Suministros Agrícolas Terra, S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Pontevedra el 10 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, 28 de febrero de 2013.–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 2013 (1.ª)

En el expediente 111/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Caballo Rojo, S.A.».

HECHOS

I

Don….., en nombre y representación de don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil Córdoba el 30 de marzo de 2012 solicitando, al amparo, del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Caballo Rojo, S.A.» el nom-

bramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011. Alegó formar parte de la comunidad hereditaria surgida de la existencia de un Testamento Ológrafo otorgado por doña ….. y adverado por Auto número 92/2012 del Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Córdoba, Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria General, número 547/2011, de fecha 27 de noviembre de 2007.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, falta de legitimación del socio, don ….., puesto que la fallecida doña ….. y su cónyuge otorgaron capitulaciones matrimoniales el 21 de febrero de 1977, estableciendo como régimen económico del matrimonio el de separación de bienes. Dichas capitulaciones matrimoniales fueron otorgadas con anterioridad a la constitución de la sociedad, siendo así que en esta última escritura, doña ….., intervino excluidamente para prestar su consentimiento a la aportación de una serie de bienes muebles y mercaderías sin asumir la condición de socia. Finalizó su escrito de oposición señalando que aunque no afecte al caso, la protocolización del testamento ológrafo al que hace referencia el solicitante, no es firme, al haber sido impugnada su protocolización. Adjuntaba a su escrito copia del Libro registro de socios de la compañía «El Caballo Rojo» y, asimismo, copia de la escritura de capitulaciones matrimoniales, otorgada ante el Notario de Córdoba, D. Santiago Echevarría Echevarría, el 21 de febrero de 2007, bajo el número 700 de su protocolo y certificado literal de matrimonio emitido por el Registro Civil de Córdoba.

III

El Registrador Mercantil de Córdoba, con fecha 23 de abril de 2012, acordó desestimar la solicitud formulada. Entendió que, aún siendo cierto que la comunidad hereditaria surgida de la existencia de un Testamento Ológrafo otorgado por doña ….. y adverado por Auto número 92/2012 del Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Córdoba, Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria General, número 547/2011, de fecha 27 de noviembre de 2007, alegada por el solicitante, podría valer como un principio de prueba de la existencia de dicha comunidad hereditaria que habilitaría dicha solicitud de nombramiento de Auditor, porque como resolvió la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 8 de noviembre de 2005 «los solicitantes han probado su legitimación mediante un principio de prueba por escrito (Acta de declaración de herederos abintestato....) lo que significa que han acreditado formar parte de una comunidad hereditaria titular de las participaciones sociales que invocan, que, como tal puede ejercitar el derecho de auditoría, puesto que, a través de él ejercita un derecho de gestión o administración, que no una disposición de bienes» y también es cierto que la Dirección General de los Registros y que el ha rechazado que la única forma de acreditar la condición de socios sea la que resulta del libro Registro porque significaría pues dejar al arbitrio de una de las partes –la sociedad– el ejercicio de un derecho que la Ley reconoce a la otra –el socio–. Sin embargo, no es menos cierto que dicha formulación del solicitante da por supuesta la integración de dicha comunidad hereditaria por el 50% del capital social perteneciente a la causante, doña ….., lo que resulta ser un presupuesto erróneo al resultar claramente desvirtuado por la circunstancia alegada por la sociedad de que, en el momento de constitución de la sociedad de fecha 3 de enero de 1.984, otorgada en Córdoba ante el notario D. Matías Valdecanto García, número 10 de protocolo, dicha señora, junto con su esposo don ….., habían otorgado capitulaciones matrimoniales, pactando separación de bienes de fecha 21 de febrero de 1977,

ante el notario de Córdoba, D. Santiago Echevarría Echevarría, número 700 de protocolo, debidamente inscrita por nota al margen en el Registro Civil, como resulta todo ello de los testimonios notariales de las escrituras de constitución de la sociedad, de la de capitulaciones matrimoniales y de la certificación de matrimonio del Registro Civi1. Por tanto, originando el testamento ológrafo una comunidad hereditaria respecto de la que no se prueba que esté compuesta en modo alguno por las acciones de la sociedad, habida cuenta de la acreditación de la existencia de capitulaciones matrimoniales y aportándose, asimismo, testimonio del Libro Registro de Acciones Nominativas del que no resulta que doña ….., fuese socia de la entidad, se infiere claramente que no es posible proceder a dicho nombramiento, por lo que he acordado desestimar la solicitud de nombramiento de Auditor, formulada por don ….. como representante de don …

IV

Contra dicha resolución don ….., en nombre y representación de don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que doña ….., era propietaria de hecho y de derecho de un número de acciones equivalentes al 50% del capital social de la entidad mercantil, tal y como se desprende del tenor literal de la escritura de constitución de la sociedad, en la que comparecieron don ….. y doña ….., respecto de quienes no se hizo consta su régimen matrimonial, como tampoco se hizo constar éste, respecto del resto de los comparecientes, dos de los cuales son yernos del matrimonio que suscribían a título personal las acciones, puesto que se presuponía la ganancialidad de dichas acciones en el momento en el que fueron suscritas. 2.º) Que lo contrario hubiera hecho aconsejable que el notario autorizante de dicha escritura hubiese hecho constar el régimen matrimonial de cada uno de los comparecientes y el carácter con el que suscriben las acciones sociales. 3.º) Que no es menos cierto que la aportación de don ….. para suscribir 9.960 acciones con una cuanto menos sospechosa frase de «con el consentimiento de su esposa», consistió en el mobiliario y enseres y con una aportación en metálico en la que se habla de la aportación por los otorgantes. 4.º) Que a fines del registro desde que se otorgó la mencionada escritura hasta el fallecimiento de doña….. se han otorgado innumerables escrituras en las que consta el régimen de ganancialidad y la actuación por cuenta de la sociedad de gananciales. Por tanto, las cuestiones que puedan surgir relacionadas con la validez de dichas capitulaciones matrimoniales, con el testamento ológrafo otorgado por la causante en el que claramente mejoraba a su hijo, habrán de dilucidarse ante los Tribunales de Justicia. 5.º) Que el argumento simplista de que existen capitulaciones matrimoniales, otorgadas en el año 1977 y que por ello debe presumirse el carácter privativo de las acciones que D ….. García Marín suscribió las 9960 de la sociedad, es una deducción que habrá de ventilarse ante los tribunales de Justicia, pero que a los efectos que aquí interesa, no puede negarse que dicho señor actuó siempre por cuenta de su sociedad 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 11 de mayo de 2010.

La cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si el solicitante de la auditoría que acredita en el expediente formar parte de la comunidad hereditaria formada tras la muerte de doña ….., casada con el socio de la compañía don ….., ha acreditado también la legitimación exigida por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para ejercitar el derecho la verificación contable.

Sobre la legitimación del socio este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones, manteniendo que es suficiente, para entenderla acreditada, la aportación de un principio de prueba por escrito de dicha legitimación, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 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, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba, constituido por el Auto número 92/2012 del Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Córdoba, Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria General, número 547/2011, de fecha 27 de Noviembre de 2007, por el que se protocolizó el Testamento Ológrafo otorgado por doña….. Dicho principio de prueba pretende ser desvirtuado por la sociedad en base a la copia de escritura de capitulaciones matrimoniales otorgadas el 21 de febrero de 1977 ante el notario de Córdoba, D. Santiago Echevarría Echevarría, el 21 de febrero de 2007, bajo el número 700 de su protocolo y, asimismo, por un certificado literal de matrimonio emitido por el Registro Civil de Córdoba.

Sin embargo, para apreciar la validez y los efectos jurídicos de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges el 21 de febrero de 1977, con posterioridad a la celebración de su matrimonio el 27 de junio de 1952, se ha de acudir a la legislación vigente en 1977, constituida por el artículo 77 de la Ley del Registro Civil y por los artículos 1.315, 1.317, 1.322, 1.325 1.433 del Código Civil, tras la reforma operada por la Ley 14/1975, vigente desde el 25 de mayo de 1975, que introdujo por primera vez en el derecho español la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales con posterioridad a la celebración del matrimonio, pudiendo pactar los cónyuges el régimen de separación de bienes y excluir, tras su disolución y posterior liquidación, el régimen legal entonces vigente en el derecho común de gananciales. Pero, sin perjuicio de que para la validez de dichas capitulaciones fuera precisara escri-

tura pública, la cual se otorgó por los cónyuges, como ya se ha dicho, el 21 de febrero de 1977, ésta no es suficiente para que la modificación del régimen económico matrimonial produjera efectos frente a terceros, para lo cual era y es precisa su inscripción en el Registro Civil, tal como resulta del artículo 1322 del CC y del artículo 77.1 y 2 de la Ley del Registro Civil.

Pues bien, de la documentación aportada por la sociedad resulta que la inscripción en el Registro Civil no se practicó sino hasta el 15 de octubre de 2001, según consta en la nota marginal a la inscripción literal del matrimonio y, por tanto, hasta esa fecha, a efectos de terceros relacionados económicamente con el matrimonio formado por dn ….. y doña ….., el régimen económico era el legal de sociedad de gananciales y no el de separación de bienes. Y, como quiera que la escritura de constitución de la entidad mercantil «El Caballo Rojo, S.A.» tuvo lugar 3 de enero de 1984, autorizada por el notario de Córdoba, D. Matías Valdecantos García y en ella comparecieron los mencionados cónyuges, actuando en representación de su hijo menor de edad, don ….., para el que adquirieron diez participaciones sociales y en dicha escritura no se hizo mención alguna al régimen de separación de bienes, se ha de concluir que frente a terceros, incluido el notario autorizante y la sociedad que en ese acto se constituyó, el régimen económico continuaba siendo el de gananciales, dada la presunción legal vigente en el derecho común, a menos que se acreditara fehacientemente la existencia de otro régimen económico. Avala esta afirmación el hecho de que la contraprestación entregada por don ….. en concepto de pago por la adquisición en ese acto de constitución de la sociedad de 9.970 acciones fue consentida por su esposa, lo que no habría ocurrido si los muebles y el metálico entregados en pago –muebles y enseres por valor de cinco millones, más cuatro millones de pesetas en metálico– en ese momento tuvieran el carácter de bienes privativos de quien hoy figura como socio.

En atención a lo expuesto, las alegaciones y medios probatorios aportados por la sociedad no han llegado a desvirtuar el principio de prueba de legitimación del solicitante exigido por este Centro Directivo para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas, al no llegar a probar que en el momento de constitución de la sociedad existiera entre don ….. y doña ….., el régimen de separación de bienes.

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 de participaciones sociales o acciones.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de don ….., solicitante de la auditoría de cuentas contra la Resolución del Registrador Mercantil de Córdoba de 23 de abril de 2012 y declarar 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, 1 de marzo de 2013. Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Córdoba.

Resolución de 1 de marzo de 2013 (2.ª)

En el expediente 114/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Patontur, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil Pontevedra el 26 de marzo de 2012 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 «Patontur, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011. Aportaba escritura de adjudicación y aceptación de herencia, otorgada ante el notario de Nigrán D. Víctor Manuel Vidal Pereiro, número 108 de su protocolo, a la que se unieron el certificado de defunción de doña ….. y el testamento por ella otorgado el 8 de noviembre de 2010 ante el mismo notario de Nigrán, D. Víctor Manuel Vidal Pereiro, número 838 de su protocolo, en virtud de la cual sin perjuicio de los legados ordenados, instituye heredero a su único hijo, don …

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Falta de legitimación del solicitante, puesto que la institución de heredero no le confiere la condición de socio de la compañía, pues no genera más que una expectativa de derecho. 2.º) Que la escritura de aceptación de la herencia aportada por el solicitante –sin relación de bienes concretos en testamento–, es también insuficiente para conferir al heredero la propiedad de las participaciones sociales que por formar parte del patrimonio del causante hayan de serle finalmente adjudicadas, puesto que ello requiere un acto

expreso de manifestación, relación de bienes y adjudicación al respecto. 3.º) Que tampoco consta justificación documental acreditativa de que el solicitante haya realizado liquidación del impuesto de sucesiones respecto las concretas participaciones, ni en su caso, que éstas representasen el porcentaje exigido. 4.º) Que el artículo 6 de los Estatutos sociales de la compañía, establece a favor del socio sobreviviente un derecho de adquisición preferente de las participaciones del socio fallecido, que habrá de ejercitarse en el plazo de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria (art. 110.2 LSC); y habida cuenta que dicho plazo no ha transcurrido, no puede el heredero atribuirse legitimación para solicitar el nombramiento de auditor.

III

El Registrador Mercantil de Pontevedra, con fecha 13 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud, por entender que, la Dirección General de los Registros y Notariado ha manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –en su caso»– dice el precepto. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido– a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes, que evidentemente la Ley no pretende. En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba por escrito: la escritura de aceptación de la herencia y entrega de legado otorgada el día 9 de febrero de 2012 ante el notario de Nigrán, D. Víctor Manuel Vidal Pereiro, número 108 de protocolo, en la que figuran como documentos unidos:– el certificado de defunción de doña ….., que da fe de su fallecimiento el día 12 de febrero de 2011;– y el testamento por ella otorgado el día 8 de noviembre de 2010 ante el mismo notario de Nigrán, D. Víctor Manuel Vidal Pereiro, número 838 de protocolo, en virtud de la cual sin perjuicio de los legados ordenados, instituye heredero a su único hijo, don ….. En dicha escritura de aceptación de herencia y entrega de legado:– se expone que entre los bienes dejados por doña ….., figuran 1.504 participaciones sociales de la sociedad «Patontur S.L.» núms. 1.505 al 3.008, ambas inclusive, –representativas el 50% del capital social; el único heredero, don ….., acepta la herencia de su madre;– y éste entrega el legado dispuesto en el testamento, esto es, el 10% de las participaciones sociales antes descritas, a doña ….. De todo ello resulta que, previa entrega del legado dispuesto en el testamento, don ….. como único heredero pasó a ser titular de más del 5% del capital social de la sociedad «Patontur S.L.». Por su parte, la sociedad, que en ningún momento ha negado la condición de heredero del solicitante de la auditoría, pretende impedir el ejercicio de este derecho mediante la alegación de que el testamento no confiere al heredero la condición de socio, sino una expectativa de derecho que es insuficiente para sentar el principio de prueba mínimo exigido para solicitar el nombramiento de auditor. Pues bien, dicha alegación no puede prosperar, dado que cualquiera de los herederos– en este caso único heredero– está facultado para realizar actos de gestión y administración de los bienes que forman parte del caudal hereditario y, en consecuencia, puede solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, puesto que, a través de él, ejercita un derecho de gestión o administración, que no de disposición de bienes. (Fundamentos de derecho: R.D.G.R.N. de 21 de mayo y 27 de octubre de 2009, 17 de mayo, 6 de julio de 2010). Tampoco puede prosperar la alegación societaria que trata de impedir al solicitante el ejercicio del derecho so pretexto de que la

escritura de aceptación de herencia aportada no basta para conferir al heredero propiedad respecto de las participaciones cuya titularidad invoca, puesto que no es necesario que el heredero tenga que esperar a la adjudicación de la herencia para estar legitimado para solicitar la auditoría, sino que, basta con que acredite su condición de heredero –como lo ha hecho en este caso acreditando ser además el único heredero– de participaciones sociales que representan más de un 5% del capital social. Por los motivos anteriormente expuestos no puede tampoco enervar el derecho del socio el hecho de que no conste justificación documental acreditativa de la liquidación del impuesto de sucesiones sobre dichas participaciones y, especialmente, porque no se trata de la inscripción en el Registro Mercantil de un acto o contrato sujeto a impuesto, sino a un procedimiento de solicitud de nombramiento de auditor a instancias de un socio que reúne los requisitos de capital y tiempo conforme lo establecido en el artículo 265-2 de la Ley de Sociedades de Capital. En cuanto a la última de las alegaciones societarias, cabe remitirse a la redacción del artículo 6º de los estatutos sociales para determinar que tampoco puede prosperar, puesto que dicho artículo establece que las participaciones sociales, una vez inscrita la sociedad, pueden transmitirse libremente y por cualquier título, tanto inter vivos como *mortis causa*.

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. Añadió que conforme al artículo 104.1 de la ley de Sociedades de capital, la sociedad solo reputará como socio al que se halle inscrito en el Libro registro de participaciones sociales. Finalizó su escrito manteniendo que l solicitante no acompañó a su escrito los documentos relacionados en el artículo 14 de la ley Hipotecaria.

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, 30 de mayo de 2007, 17 de mayo y 6 de julio de 2010.

Procede confirmar por ajustado a derecho el fundamento jurídico único de la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Pontevedra que no hace sino reiterar la doctrina mantenida por este Centro Directivo. En efecto, el solicitante ha aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación mediante los documentos adjuntos a su instancia *(cfr.* Hechos I) de los que resulta que ha adquirido la titularidad de más del 5% del capital social de la compañía. La sociedad, por su parte, no ha aportado medio probatorio alguno que desvirtúe dicho principio de prueba, puesto que, en contra de lo que alega, no es necesario que los llamados a la sucesión del testador, tengan que otorgar escritura pública aceptando la herencia del causante, dado que dicha aceptación puede ser expresa o tácita, entendiéndose ésta última por actos que hagan

suponer la voluntad de aceptar la herencia, como bien puede ser éste mismo acto de solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas *(cfr.* artículos 998 y 999 del Código Civil). Pero por si fuera poco, sí existe tal escritura pública de aceptación, en la que consta el cumplimiento de la voluntad de la testadora respecto a la entrega del legado por el heredero único y solicitante de la auditoría de cuentas y también que el 50% de las participaciones sociales de la compañía formaron parte de la masa hereditaria.

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 104.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador único de «Patontur, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Pontevedra de 13 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, 1 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 4 de marzo de 2013 (1.ª)

En el expediente 115/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de unos socios de «Hijos de Nuevo Tres Cantos, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., don ….., doña ….. y doña ….., es última en nombre y representación de don ….. y don….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 28 de marzo de 2012 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 titulares de más del 6'01% del capital social de «Hijos de Nuevo Tres Cantos, S.L.» el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de su administradores mancomunados, don ….. y don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que en la Junta General Extraordinaria celebrada el día 29 de febrero de 2012, se puso a disposición de los socios un informe económico contable emitido por don ….., auditor de cuentas nombrado por la sociedad, considerando el entonces Presidente del Consejo y hoy uno de los solicitantes, don ….., que se daba por satisfecho con las explicaciones. 2.º) Que el elevado coste del auditor nombrado por el Registro Mercantil, llevaría a la sociedad a una situación de imposibilidad de pagar al mismo y a una situación de insolvencia sobrevenida, que a su juicio, quieren provocar de mala fe los socios solicitantes. 3.º) Que en la Junta celebrada el 13 de noviembre de 2011 se nombró administradores a don ….. y a doña ….. y entre el 16 de enero de 2012 y la Junta celebrada el 29 de febrero de 2012, no efectuaron gestión alguna en relación con la solicitud de separación de doña ….., ni propusieron actuación alguna sobre el nombramiento de auditor de cuentas. Es más sin informar a la Junta general de la solicitud de doña ….., sometieron a votación de la Junta la designación de auditor de cuentas, lo que fue rechazado por los socios, dado el coste económico d la auditoría. 4.º) Que con posterioridad y tras la dimisión de otro administrador, se propuso que la solicitud de doña ….. fuera objeto de análisis económico y para ello se solicitó presupuesto a don ….. que presupuestó 6000 y dado el alto coste que supone y la falta de liquidez de la sociedad se propuso por algunos realizarla a un coste reducido. En la actualidad se encuentra en redacción la convocatoria de la Juntas General que se celebrará a finales de abril.

III

El Registrador Mercantil número XIV de Madrid, con fecha 18 de abril de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que los solicitantes reúnen los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que el hecho de que la sociedad haya puesto a disposición de los socios la información relativa al estudio-contable realizado por un auditor de cuentas y que dos de los solicitantes tengan pleno conocimiento de la sociedad al haber sido administradores de la misma, no pueden ser considerados causas de oposición, porque el derecho que tienen los socios minoritarios a solicitar auditor de cuentas 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 que, aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de abril de 2008, 23 de julio de 2010 y 6 de septiembre de 2011, entre otras). Tampoco la grave situación económica que provocaría en la economía de la sociedad la realización de una auditoría, puede enervar el derecho de los socios a obtenerla, por cuanto vulneraría los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, en los que se establece que la auditoría se realice «con cargo a la sociedad» (Resoluciones DGRN de 14 de noviembre de 2006, 3 de noviembre de 2010 y 21 de julio de 2011, entre otras) La mala fe con la que puedan estar actuando los solicitantes, no es causa apreciable en estos expedientes. Según ha establecido la Dirección General de los

Registros y del Notariado en reiterada doctrina, la posible finalidad maliciosa no le priva de ejercitar su derecho pues «resulta imposible examinar en este trámite, debido a lo limitado del conocimiento que legalmente tiene atribuido, las motivaciones que llevan al socio a solicitar el nombramiento de auditor. Estas motivaciones podrán o no ser legítimas, o responder o no a un ejercicio abusivo de derecho o antisocial del mismo (artículos 6 y 7 del Código Civil), pero las determinaciones internas de la voluntad no pueden ser analizadas en este procedimiento, y no sólo porque las intenciones contrarías a la buena fe o al abuso del derecho no puedan presumirse nunca, sino porque, además, siempre queda abierta a la sociedad la vía jurisdiccional civil *(cfr.* artículo 1.902 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 22 de junio de 2005, 13 de febrero de 2009, 3 de noviembre de 2010 y 7 de febrero de 2011, entre otras). El hecho de que una soda de la sociedad haya ejercitado su derecho de separación, encontrándose pendiente el nombramiento de auditor de cuentas propuesto por la socia para determinar el valor de sus participaciones ya que varios socios y los propios administradores han expresado su deseo de una auditoría a bajo coste, por lo que se está redactando la convocatoria de una Junta Extraordinaria para finales del mes de abril, copia de la cual se comprometen a remitir así como de su resultado, tan pronto se expida el Acta comprensiva del acuerdo que se tome. Es doctrina ya consolidada y reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Res. de 24 de septiembre de 2004 y 10 de octubre de 2006), que para que el nombramiento de auditor efectuado por la sociedad pueda enervar efectivamente la petición del socio minoritario, deben cumplirse las dos siguientes condiciones: *a)* que el nombramiento societario, y correlativa aceptación, sea anterior a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil; y *b)* Que se garantice ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicho informe, lo cual solo puede obtenerse mediante la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, mediante la incorporación del informe de auditoría al expediente o bien mediante su puesta a disposición del socio. En este caso, la sociedad alega que se está redactando la convocatoria de la Junta General Extraordinaria con el orden del día, entre otros temas, del nombramiento de auditor. De esta misma alegación, se desprende que no se da cumplimiento al primero de los requisitos exigidos por la Dirección General– el nombramiento y la aceptación no han sido previos a la solicitud. 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 sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social, interpusieron 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. Añadieron que la resolución incurre en un error evidente al facilitar la duplicidad de informes, pues ya se ejecutó el informe que la sociedad encargó al auditor de cuentas, don…

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, 19 de junio de 2007 y 3 de mayo de 2009.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre el conocimiento que pudieron tener los socios de la contabilidad y de los estados financieros, cabe señalar que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Tampoco las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, alegadas por la sociedad, pueden enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Como ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

3.º Finalmente, se ha de rechazar la pretensión de enervar el derecho del socio minoritario sobre la base de la auditoría voluntaria que la sociedad alega, puesto que como indicó el Registrador Mercantil, es doctrina reiterada de esta Dirección General que para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

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

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones, puesto que, tal como se desprende su escrito de oposición, la Junta general que habría de aprobar su nombramiento se celebró en abril de 2012, momento muy posterior a la solicitud de la minoría, presentada en el Registro Mercantil el 28 de marzo de 2012. Por tanto dicha auditoría voluntaria no reúne las condiciones exigidas por este Centro Directivo para nervar el derecho de los solicitantes.

4.º Por último, sobre la mala fe de los solicitantes que la sociedad alega, se ha de recordar la doctrina de esta Dirección General, 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.* artículos 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 ….. González y don ….., administradores mancomunados de «Hijos de Nuevo Tres Cantos, S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número I de Madrid 18 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, 4 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIV de Madrid.

Resolución de 4 de marzo de 2013 (2.ª)

En el expediente 116/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «G.T.R. Industrial, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Palencia el 26 de marzo 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 y como titular de más del 5% del capital social de «G.T.R. Industrial, S.L.», y no encontrarse la sociedad incluida en los supuestos legalmente establecidos de revisión obligatoria de las cuentas anuales e informe de gestión y no tener designado auditor de cuentas, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando, básicamente: 1.º) Que la solicitante de la auditoría carece de legitimación, dado que rechazó un puesto en el Consejo de Administración en el que habría podido estar informada de la actuación social y de las cuentas del ejercicio cuya auditoría pretende. 2.º) Que a la vista del escrito de la solicitante resulta que la causa de la solicitud es la de «realizar ciertas operaciones de carácter mercantil», de donde se deduce claramente el fin espurio de perjudicar doblemente a la sociedad, de un lado, por las gastos que la auditoría comporta y, de otro, porque esas operaciones mercantiles que pretende realizar, no son otras que la venta de sus participaciones sociales. La vía adecuada para determinar el valor real de éstas es la establecida en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º) Que es esta la cuarta vez que la solicitante reclama una auditoría de cuentas, sin tener en consideración que en las realizadas sobre los ejercicios 2005, 2006, 2007 los auditores mantuvieron en sus informes que las cuentas reflejaban la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Palencia, con fecha 25 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud formulada, por entender que la solicitante reunía las condiciones de capital y tiempo exigidas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de capital. Mantenía que el hecho de que se le hubiera ofrecido un cargo en el Consejo de Administración no le priva del derecho a la verificación contable. En cuanto a las motivaciones que la llevan a solicitar la auditoría, resulta imposible examinarlas en este procedimiento. En cuanto a los costes de la auditoría, la ley de Sociedades de Capital los atribuye a la sociedad. Por último, mantuvo que el derecho a solicitar el nombramiento registral de auditor es un derecho que puede reiterarse anualmente.

IV

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

cia sin necesidad de repetición y, añadiendo: Que es difícil no entender que existe mala fe en el ejercicio del derecho cuando durante varios ejercicios consecutivos los auditores encargados de realizar el informe instado por la solicitante han mantenido que las cuentas sociales reflejan la verdadera situación de la empresa. Y, asimismo, que la solicitud de nombramiento registral de auditor no puede ampararse en la realización de ciertas operaciones mercantiles, sin mayor precisión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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, 7 de octubre y 13 de diciembre de 2005 y 30 de mayo de 2007 y 12 de diciembre de 2011.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Palencia. En efecto, el hecho de que la solicitante hubiera rechazado ser miembro del Consejo de Administración de la sociedad, no le priva en modo alguno ejercer un derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital reconoce al socio minoritario. Mas aún, si se tiene en cuenta que los derechos de información sobre la contabilidad y sobre la situación financiera de la empresa y el derecho a la verificación contable –es decir, a que las cuentas anuales sean verificadas por un experto independiente– son derechos que, aunque relacionados, están plenamente diferenciados por su finalidad y requisitos, siendo independientes en cuanto a su ejercicio *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Tampoco pueden prosperar las alegaciones referidas a las supuestas motivaciones espurias de la solicitante, dado que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que llevan al socio a formular su petición de auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(cfr.* artículos 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no puedan presumirse. La parte que se sienta perjudicada –en este caso, la sociedad– siempre tendrá expedita a la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º Sobre la no identificación de la causa, es reiterada la doctrina de este Centro Directivo manteniendo que la imprecisa expresión de la causa de la solicitud no es obstáculo para la admisión de la instancia, pues en las sociedades no obligadas a verificación contable, la causa de la solicitud instada por los socios minoritarios con base en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades

Capital, es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría para verificar las cuentas del ejercicio social vencido.

4.º En cuanto a la alegación de los gastos que la auditoría comporta para la sociedad, que el precitado artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone, taxativamente, 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 en que se encuentre

5.º Por último, como también ha mantenido este Centro Directivo, el derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto que se concreta en la contabilidad de un determinado ejercicio social, el ejercicio inmediatamente anterior a la solicitud, es un derecho que puede reiterarse anualmente y, en consecuencia, es irrelevante que la minoría social lo haya ejercitado anteriormente.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., como administrador de «G.T.R. Industrial, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Palencia de 26 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, 4 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Palencia.

Resolución de 4 de marzo de 2013 (3.ª)

En el expediente 113/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Crom2, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lleida el 26 de Marzo de 2012 solicitando, al amparo del artículo 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 «Crom2, S.A.», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador mancomunado, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que junto con el solicitante son los únicos socios de la compañía, ambos con el 50% de capital social y ostentando la administración mancomunada. 2.º) Que el solicitante conoce los estados contables y financieros, siendo el único motivo que le induce a solicitar la auditoría el de perjudicar a la sociedad y obstruir su normal funcionamiento. 3.º) Que debido a las desavenencias de los socios, se inició un proceso de disolución de la sociedad, según acuerdos de 16 de enero y 6 de febrero últimos, en los que decidieron no nombrar auditor de cuentas.

III

La Registradora Mercantil de Lleida, con fecha 20 de abril de 2012, 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 limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría de cuentas ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(cfr.* artículos 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. Aún en el caso de que la sociedad estuviese en fase de liquidación, ello no impide al socio que pueda solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, ya que el proceso extintivo no ha concluido y es todavía posible su reactivación.

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 reiteración.

V

Con fecha de 11 de enero de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil de Lleida, al que adjuntó un escrito firmado por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, renunciando a su solicitud de auditar las cuentas anuales del 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91 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.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia por la que solicitaba el nombramiento de auditor de cuentas para la sociedad, «Crom2, 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, 4 de marzo de 2013.–El Director general de los Registros y del Notariado, Firmado: Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Lleida.

Resolución de 5 de marzo de 2013 (1.ª)

En el expediente 119/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Invereste, 2007 S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Promociones e Inversiones JR Morán, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 28 de marzo de 2012 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 «Invereste, 2007 S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador concursal, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el administrador de la sociedad «Promociones e Inversiones JR Morán, S.L.» es don ….. que es también administrador mancomunado de la sociedad para la que se solicita la auditoría de cuentas, por lo que no se alcanza a comprender la solicitud. 2.º) Que la sociedad no tiene actividad ni ingresos y solo participa en un pequeña proporción en una sociedad extranjera. 3.º) Que cualquier gasto extraordinario supondría para la sociedad una grave situación de liquidez. 4.º) Que el solicitante tiene toda la información contable y financiera de la compañía.

III

El Registrador Mercantil número XVII de Madrid, con fecha 23 de abril de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Respecto al primer motivo de oposición alegado es que don ….., es administrador de la sociedad solicitante y que a su vez ostenta el cargo de administrador mancomunado de «Invereste 2007, S.L.», por lo que consideran que la propia sociedad solicitante es la que ha confeccionado y firmado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011. Consultados los archivos del Registro en relación a la sociedad solicitante, de los mismos resulta que don ….. fue administrador mancomunado la sociedad solicitante, siendo el actual administrador concursal, don ….., que es quien suscribe la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas en nombre y representación de «Promociones JR Moran, SL en liquidación» y de los mismos archivos del Registro Mercantil, en relación a la sociedad a auditar «Invereste 2007, S.L.» resulta que la misma está representada por tres administradores mancomunados, no siendo la sociedad solicitante alguno de los tres administradores, por lo que no puede admitirse que la sociedad solicitante sea la que ha formulado las cuentas anuales de la sociedad a auditar, por la circunstancia única de que concurra en quien ostentó la administración de la sociedad solicitante, la condición de administrador mancomunado, que ni tan siquiera la de administrador único o solidario, de la sociedad que nos ocupa. (Resolución de la DGRN de 13 de noviembre de 2008 y 26 de agosto de 2010). Respecto a que la sociedad no tiene ningún tipo de actividad ni de ingresos, es irrelevante en este expediente pues la sociedad no se ha extinguido y su personalidad jurídica subsiste, de ahí que sea posible la designación de auditor si lo solicitan socios que reúnan las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidos, como tampoco sería causa denegatoria de su derecho que la sociedad estuviera en liquidación (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 junio 1993, 7 de mayo y 26 de octubre de 2002, 9 de diciembre de 2004 y 17 de diciembre de 2010). En cuanto a la alegación de las graves consecuencias que supondría cualquier gasto extraordinario de la sociedad, en relación a este punto y en cuanto al coste de la auditoría, es una cuestión ya resuelta por la Dirección General en múltiples ocasiones (Res. Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 2009, 17 de diciembre de 2010 y 7 de septiembre de 2011) declarando que el coste de la auditoría, no puede admitirse como causa de oposición, por cuanto vulneraría los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, en los que se establece que la auditoría se realice «con cargo a la sociedad›. Con independencia de haber entregado a la sociedad solicitante toda la información 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 que

aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio. (Res. de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de noviembre de 2004, 11 y 24 de octubre de 2005, 6 de marzo de 2006; 17 diciembre de 2010 y 6 de septiembre de 2011, entre otras).

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la 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, 3 de mayo de 2009, 17 diciembre de 2010 y 6 de septiembre de 2011 y 19 de noviembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la primera cuestión plateada, relativa a la presencia como socio en la empresa solicitante de la auditoría de cuentas de quien fue administrador mancomunado de la sociedad afectada por la solicitud, cabe señalar que la persona jurídica de la sociedad no puede confundirse con la persona de uno de sus socios, por lo que no existe incongruencia alguna en la petición de auditoría. Del mismo modo, tampoco el hecho de ostentar el cargo de administrador mancomunado comporta incompatibilidad alguna para solicitar el nombramiento de auditor –en el supuesto de que dicho administrador fuera el solicitante, que no lo es–. Esta incompatibilidad solo se daría si el solicitante fuera administrador único o administrador solidario pues en este caso habría podido por si mismo contratar los servicios de una auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración, lo que no habría podido hacer si fuera administrador mancomunado *(cfr.* artículo 1692 del Código Civil).

2.º Tampoco puede impedir que prospere el nombramiento de auditor solicitado, la alegación de la sociedad relativa a la situación de inactividad por la que atraviesa la compañía, pues como acertadamente indicó el Registrador Mercantil, su personalidad jurídica subsiste y, por tanto, es posible ejercitar el derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 265. 2 de la Ley de Sociedades de Capital.

3.º En cuanto a las dificultades de la sociedad para afrontar los gastos que la auditoría comporta, se ha de recordar al recurrente que éstos, por expresa disposición del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de capital corren siempre de cuenta de la sociedad sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre. 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

4.º Por último, en cuanto al conocimiento e información que tiene el administrador y socio de la empresa solicitante, cabe recordar que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 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 concursal de «Invereste, 2007 S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número XVII de Madrid 23 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, 5 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XVII de Madrid.

Resolución de 5 de marzo de 2013 (2.ª)

En el expediente 117/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Electryon S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Palencia el 28 de marzo de 2012 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de «Electryon S.A.», no encontrarse la sociedad incluida en los supuestos legalmente establecidos de revisión obligatoria de las cuentas anuales e informe de gestión y no tener designado auditor de cuentas, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de don ….. en calidad de administrador, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la solicitante de la auditoría carece de legitimación, dado que rechazó un puesto en el Consejo de Administración en el que habría podido estar informada de la actuación social y de las cuestas del ejercicio cuya auditoría pretende. 2.º) Que a la vista del escrito de la solicitante resulta que la causa de la solicitud es la de realizar ciertas operaciones de carácter mercantil, de donde se deduce claramente el fin espurio de perjudicar doblemente a la sociedad, de un lado, por las gastos que la auditoría comporta y, de otro, por que esas operaciones mercantiles que pretende realizar, no son otras que la venta de acciones, si bien no a terceros extraños, sino a los socios mayoritarios de la sociedad. La vía adecuada para determinar el valor real de éstas es la establecida en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º) Que, reiteradamente, la solicitante ha reclamado una auditoría de cuentas, sin tener en consideración que en las realizadas sobre los ejercicios anteriores los auditores mantuvieron en sus informes que las cuentas reflejaban la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Palencia, con fecha 26 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud formulada, por entender que la solicitante reunía las condiciones de capital y tiempo exigidas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Mantenía que el hecho de que se le hubiera ofrecido un cargo en el Consejo de Administración no le priva del derecho a la verificación contable. En cuanto a las motivaciones que la llevan a solicitar la auditoría, resulta imposible examinarlas en este procedimiento. En cuanto a los costes de la auditoría, la ley de Sociedades Anónimas los atribuye a la sociedad.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición y, añadiendo: Que es difícil entender que no existe mala fe en el ejercicio del derecho cuando durante varios ejercicios consecutivos los auditores encargados de realizar el informe instado por la solicitante han mantenido que las cuentas

sociales reflejan la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa. Y, asimismo, que la solicitud de nombramiento registral de auditor no puede ampararse en la realización de ciertas operaciones mercantiles, sin mayor precisión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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, 7 de octubre y 13 de diciembre de 2005, 30 de mayo de 2007, 23 de abril de 2010 y 12 de diciembre de 2011.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Palencia. En efecto, el hecho de que la solicitante hubiera rechazado ser miembro del Consejo de Administración de la sociedad, no le priva en modo alguno de ejercer un derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital le reconoce como socia minoritaria. Más aún, si se tiene en cuenta que los derechos de información y verificación contable son derechos que, aunque relacionados, están plenamente diferenciados por su finalidad y requisitos, siendo independientes en cuanto a su ejercicio *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Tampoco pueden prosperar las alegaciones referidas a la supuestas motivaciones espurias de la solicitante, dado que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que llevan al socio a formular su petición de auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(cfr.* artículos 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no puedan presumirse. La parte que se sienta perjudicada –en este caso, la sociedad– siempre tendrá expedita a la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º Por lo que se refiere a la causa de la solicitud, es reiterada la doctrina de este Centro Directivo en relación con la imprecisa o insuficiente expresión de la causa, pues en las sociedades no obligadas por ley a verificación contable, la causa de la solicitud del nombramiento registral de auditor, instada por los socios minoritarios en base en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa para verificar las cuentas del ejercicio social vencido.

4.º Por último, en cuanto a la pretensión del recurrente de incorporar el resultado de los expedientes iniciados a la solicitud de nombramiento registral de auditor para verificar las cuentas de ejercicios anteriores, se ha de recordar

que el derecho de auditoría es un derecho reiterable anualmente, sin que su ejercicio en periodos anteriores sea obstáculo para solicitar la verificación contable de ejercicios futuros.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., como administrador de «Electryon S.A.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Palencia de 26 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, 5 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Palencia.

Resolución de 5 de marzo de 2013 (3.ª)

En el expediente 118/2012 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 27 de marzo 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 «Hiroso Consulting, 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 solidaria, Doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas se realizó con un manifiesto abuso de derecho. 2.º) Que en los últimos años la sociedad ha desarrollado actividad mínima, debido a la situación de crisis económica. 3.º) Que, como consecuencia de lo anterior, tampoco tienen liquidez suficiente para abo-

nar los honorarios del auditor nombrado por el Registrador Mercantil. 4.º) Que la instancia presentada por el socio adolece de un error fundamental respecto al capital social que dice poseer.

III

La Registradora Mercantil VIII de Madrid, con fecha 28 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud del socio minoritario. Entendió que la alegación sobre abuso de derecho no puede mantenerse en este procedimiento, 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.* artículos 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 que la sociedad no haya realizado actividad en los últimos años es irrelevante en este procedimiento, pues la sociedad no se ha extinguido y su personalidad jurídica subsiste, por lo que es posible la designación si lo solicitan los socios minoritarios que representen al menos el 5% de capital social. El hecho de que carezca de liquidez 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 que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre. Finalizó señalando que resulta irrelevante que el socio solicitante no reúna el capital social que indicó en su instancia, pues el porcentaje que ostenta seguiría excediendo del 5% exigido por la Ley.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió: 1.º) Que el solicitante ha reiterado su petición durante varios años, lo que generó diversos expedientes y, asimismo, las cuentas del ejercicio 2010 fueron auditadas dos veces, una por el auditor social y otra por el auditor nombrado por el Registrador Mercantil. 2.º) Que en la situación de inactividad en que se encuentra la sociedad nombrar un nuevo auditor de cuentas supondría un evidente perjuicio económico.

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, 15 de abril de 2010 y 29 de agosto de 2012.

1.º No pueden prosperar en este expediente ninguna de las alegaciones que la sociedad formula. Respecto a las alegaciones que cuestionan la buena fe del peticionario, 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.* artículos 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 También ha sido reiterada la doctrina de este Centro Directivo que, en aplicación del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas por los socios minoritarios es, por definición, un derecho reiterable, dado que tiene un escaso plazo de vida de tres meses y solo puede referirse al ejercicio económico vencido, luego los socios que reúnan los requisitos exigidos por el precitado artículo pueden solicitar anualmente el nombramiento de auditor, si lo estiman conveniente.

3.º La situación de inactividad por la que atraviesa la compañía tampoco puede impedir que prospere el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, pues como acertadamente indicó la registradora mercantil, su personalidad jurídica subsiste, sin que conste en el Registro Mercantil referencia alguna a su disolución y posterior liquidación.

4.º Por último, en cuanto a las dificultades de la sociedad para afrontar los gastos que la auditoría comporta, se ha de recordar al recurrente que éstos, por expresa disposición del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de capital corren siempre de cuenta de la sociedad sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., administradora solidaria de «Hiroso Consulting, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil número VIII de Madrid el 18 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, 5 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VIII de Madrid.

Resolución de 5 de marzo de 2013 (4.ª)

En el expediente 120/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rupacheme, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Badajoz, el 30 de marzo 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 «Rupacheme, 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 el 10 de febrero de 2012 la sociedad a través de su administrador único procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo a don …... Se adjunta carta de aceptación del encargo firmada por el auditor voluntario. En el momento presente se están facilitando al auditor los documentos contables de la sociedad, por lo que no ha sido posible la realización del informe de auditoría.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, con fecha 23 de abril 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 el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no tiene fecha fehaciente, sin posibilidad de comprobación. Tampoco se ha puesto a disposición del socio el informe de auditoría correspondiente, ni se ha aportado al expediente, por lo que procede el nombramiento por el Registrador Mercantil, todo ello conforme a la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando 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 todavía no está concluido el informe de 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, 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 acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que ninguno de los documentos aportados al expediente tiene otra fecha feha-

ciente que la de presentación en la Oficina de Correos, junto con el escrito de oposición el 16 de abril de 2012, siendo ésta muy posterior a la fecha de presentación de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento por el Registrador Mercantil. Tampoco se ha garantizado el derecho del socio solicitante por cualquiera de los medios relacionados, es decir, la inscripción del nombramiento, la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. Por tanto, se ha de reconocer el derecho del socio al nombramiento registral de auditor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ……, en nombre y representación de «Rupacheme, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Badajoz el 23 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, 5 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 5 de marzo de 2013 (5.ª)

En el expediente 121/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Taller de Arquitectura e Ingeniería de Galicia, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de A Coruña, el 28 de marzo 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 «Taller de Arquitectura e Ingeniería de Galicia, 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 ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2011, recayendo el nombramiento en la empresa «Vbello Audire, S.L.» Con fecha de 7 de febrero de 2012 la sociedad suscribió el correspondiente contrato de auditoría. 2.º) Que, el nombramiento de auditor de cuentas por la sociedad enerva el derecho del socio minoritario al nombramiento registral, pues dispondrá en breve del informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

III

La Registradora Mercantil de A Coruña con fecha 13 de abril 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 el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no garantiza el derecho del socio al informe de auditoría de cuentas, puesto que no se ha procedido a su inscripción en el Registro Mercantil, no se ha hecho entrega al socio del referido informe, ni tampoco se ha incorporado al expediente. Por lo que se refiere al contrato, éste no prueba la anterioridad, dado que, conforme al artículo 1227 del Código Civil, la fecha que puede contar respecto de terceros es la de su entrega a un funcionario público competente por razón de su cargo.

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 la petición de la minoría incurría en un manifiesto abuso de derecho.

V

Con fecha de 31 de julio de 2012 tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil de A Coruña al que adjuntaba un escrito de la sociedad incorporando al expediente el informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2011.

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 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 primera de las condiciones exigidas por esta Dirección general, dado que el contrato de auditoría aportado al expediente solo tiene fecha fehaciente desde que fue presentado en el Registro Mercantil junto con el escrito de oposición, siendo ésta posterior a la de presentación en el Registro de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento por el Registrador Mercantil, la cual tuvo lugar el 28 de marzo de 2012. No cumpliéndose la primera de estas condiciones es indiferente el cumplimiento de la segunda, por lo que se ha de confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de A Coruña.

2.º Tampoco puede prosperar la segunda alegación de la sociedad que cuestiona las motivaciones del peticionario de la auditoría pues, como ha mantenido este Centro Directivo 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.* artículos 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 «Taller de Arquitectura e Ingeniería de Galicia, S.A.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de A Coruña el 13 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, 5 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 6 de marzo de 2013 (1.ª)

En el expediente 122/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Trimek, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil Hexagón Metrólogi, S.A. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Álava, el 20 de marzo 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 «Trimek, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

A la vista del anterior escrito, el Registrador Mercantil de Álava requirió a la sociedad solicitante advirtiéndole de la exigencia reglamentaria de presentar la solicitud por medio de una instancia por triplicado y concediéndole el plazo de diez días a partir de la recepción de la notificación para que subsanaran el defecto. Así lo hizo el presentante mediante escrito de 12 de abril de 2012.

III

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta, a través de su representante, don ….., cuya representación acreditó por escritura de poder general, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que Trimek, S.A. es una sociedad que no viene obligada a auditarse pero que, a pesar de ello, a nombrado auditor de cuentas a la empresa «Auren, Auditores Norte, S.L.», tal circunstancia es motivo de enervación del derecho del solicitante.

IV

El Registrador Mercantil de Victoria, con fecha 26 de abril 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. En el caso presente, la sociedad no ha acreditado ninguna de las condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que la fecha que figura en los documentos presentado carecen de fehaciencia, conforme a lo establecido en el artículo 1227 del Código Civil, siendo así que no resulta acreditado que el nombramiento voluntario sea anterior a la petición del socio solicitante.

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 propuesta de auditoría aceptada por la sociedad es el verdadero contrato de auditoría de cuentas; y que no es precisa la legitimación de la firma, como tampoco lo es la del administrador.

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.

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, si bien es cierto que basta el consentimiento de las partes para la perfección del contrato de auditoría, no es menos cierto que cuando con ello se intenta impedir el ejercicio de un derecho reconocido en la ley que es, como regla general, el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador, se han de acreditar las condiciones exigidas par que dicha paralización o enervación pueda producirse. Por ello, es preciso acreditar la anterioridad de la contratación, a través de documentos dotados de fehaciencia respecto de la fecha, conforme a lo previsto en el artículo 1227 del Código Civil. Como quiera que en el caso presente la primera fecha fehaciente que figura en el expediente es la de presentación en el Registro Mercantil, el 24 de abril de 2012, no cabe

más que concluir que la auditoría voluntaria contratada por la sociedad no ha logrado enervar el derecho de la entidad mercantil solicitante.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don …..., en nombre y representación de «Trimek, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Álava el 26 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, 6 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alava.

Resolución de 6 de marzo de 2013 (2.ª)

En el expediente 123/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rebassa Pons, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó un escrito en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca el 30 de marzo de 2012 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 «Rebassa Pons, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011. Adjuntó a su escrito copia simple de la escritura de constitución de la sociedad, otorgada el 24 de marzo de 1999 ante la notaria de Sa Pobla, Doña María Rosario Rubio López, bajo el número 219 de su protocolo.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ……, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la situación actual por la que están atravesando, con muchas

dificultades económicas y escasa actividad empresarial, hace innecesario llevar a cabo una auditoría.

III

El Registrador Mercantil de Palma de Mallorca, con fecha 17 de abril de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, dado que es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que mantiene que los gastos de auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad, con independencia de su situación patrimonial o de las circunstancias socioeconómicas del momento.

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 2010.

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 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ……, administrador solidario de «Rebassa Pons, S.L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Palma de Mallorca 17 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, 6 de marzo de 2013.–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 marzo de 2013 (3.ª)

En el expediente 124/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Grupo Campanet, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca el 30 de marzo de 2012 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 «Grupo Campanet, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011. Adjuntó a su escrito nota simple de la inscripción de la escritura de constitución de la sociedad.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la situación actual por la que están atravesando, con muchas dificultades económicas y escasa actividad empresarial, hace innecesario llevar a cabo una auditoría.

III

El Registrador Mercantil de Palma de Mallorca, con fecha 17 de abril de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, dado que es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que mantiene que los gastos de auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad, con independencia de su situación patrimonial o de las circunstancias socioeconómicas del momento.

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 2010.

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 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador solidario de «Grupo Campanet, S.L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Palma de Mallorca 17 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, significándo-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 marzo de 2013.–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 marzo de 2013 (4.ª)

En el expediente 126/12 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Castro Gómez y Martínez, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de León el 29 de marzo de 2012 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 «Castro Gómez y Martínez, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de sus administradores solidarios, don ….. y doña …..., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia, que el solicitante es administrador solidario de la compañía por lo que no concurre en el la dificultad objetiva de no poder verificar las cuentas de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de León resolvió, con fecha 13 de abril de 2012, desestimar la solicitud formulada por el socio minoritario. Mantuvo que el hecho de que el solicitante ostente el cargo de administrador solidario de la compañía, puesto conforme a la doctrina mantenida por la Dirección general de los Registros y del Notariado, en el ejercicio de su cargo pudo haber contratado los servicios de un auditor de cuentas, como un acto más de gestión y buena administración, por lo que es obvio que ello le impide el ejercicio del derecho.

IV

Contra dicha resolución don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que no ha podido obtener la información contable correspondiente al ejercicio 2011 de la compañía, tras arios requerimientos e, incluso, de personarse en los locales de la sociedad. 2.º) Que solo cuando se convocó la Junta general de accionistas en presencia de notario fue cuando se le hizo entrega de dicha documentación. También se personó el día anterior a la celebración de dicha Junta General el auditor de cuentas don ….. solicitando la entrega de los documentos contables que se iban a aprobar, siendo denegada dicha entrega, permitiéndole tan solo la visualización de dichos documentos en pantalla. Por todo ello, entiende que sí procede el nombramiento de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 42 del Código de Comercio, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2005 y, como más recientes, la de 9 de diciembre de 2008 y la de 21 de abril de 2009.

La única cuestión que platea el presente recurso se centra en determinar si el socio que ostenta la condición de administrador solidario de la compañía puede o no solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas anuales del último ejercicio vencido.

Sobre esta cuestión, este Centro Directivo ha mantenido que el hecho de que el socio minoritario ostente la condición de administrador social no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, propietario de un porcentaje de capital social no inferior al 5%. Esto solo ocurriría si durante el ejercicio económico para el que solicita la auditoría hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ostentado la administración solidaria, porque en este último caso, habría podido contratar por si 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 ejerce la administración solidaria de la compañía junto con los otros dos administradores solidarios, siendo así que el ejercicio de este cargo le brindó la oportunidad de contratar los servicio de un auditor para verificar los estados financieros y las cuentas de la empresa, así como también pudo ejercitar la acción de responsabilidad de administradores si, como alega, su actuación obstrusiva le impidió cumplir sus deberes como administrador.

Consecuentemente, procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil de León, pues no se estima conforme a derecho desencadenar una actividad registral, administrativa, o judicial con el fin de obtener lo

que ha estado en la capacidad de quien lo solicita y dentro de su esfera de actuación personal.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de León 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, 6 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de León.

Resolución de 7 de marzo de 2013 (1.ª)

En el expediente 125/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cristalerías Oliver, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de doña ….. y don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca, el 30 de marzo 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 «Cristalerías Oliver, 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 del Presidente del Consejo– de Administración, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que las cuentas del ejercicio 2011 están siendo auditadas por el auditor voluntario designado por el Consejo de Administración en virtud del Acta de 28 de abril de 2011, adjunta al presente escrito. Dicho auditor de cuentas

es don ….., de cuyo nombramiento los solicitantes estaban perfectamente enterados, puesto que doña ….. es miembro del Consejo de Administración y a la vez representa a doña ….. y a don ….. según consta en el poder que la parte solicitante acompaña al escrito de solicitud de designación de auditor, lo que evidencia aún más el hecho de que la representación legal de los socios estaban al corriente del nombramiento de auditor, no sólo para revisar las cuentas anuales de 2011, sino las de 2009,2010,2011,2012,2013 y 2014. 2.º) Que dicho nombramiento no se ha podido inscribir en legal forma, puesto que la misma representación solicitó designación de auditor para las cuentas anuales del ejercicio 2010, habiendo nombrado a ACR Auditecnia, que no ha procedido a realizar el informe por falta de pago de la factura, habiéndolo comunicado así al propio Registro Mercantil, lo que supone un grave perjuicio para la sociedad puesto que no puede inscribir las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios, ni puede inscribir el nombramiento de auditor elegido por la mayoría del Consejo de Administración de la mercantil, negándose la sociedad auditora a realizar el informe. 3.º) Que la sociedad no puede hacer frente al gasto que supone la designación de auditor por parte del Registro Mercantil, debido a las pérdidas que tiene la entidad mercantil, siendo del todo innecesario un nuevo nombramiento, ya que aunque el Sr. ….., está nombrado de parte, se rige por los mismos principios de objetividad e imparcialidad que el que pueda ser nombrado por el Registro Mercantil, siendo que si la intención de la parte solicitante es que se auditen las cuentas anuales del ejercicio 2011, va a ser cumplida por al auditor nombrado por la sociedad, puesto que así se acordó por la mayoría del Consejo de Administración, máxime si los honorarios del Sr. Benavides son bastante ajustados, no habiendo cobrado hasta día de hoy remuneración alguna por su trabajo hasta que la sociedad intente su saneamiento, dando facilidades de pago.

III

El Registrador Mercantil de Palma Mallorca con fecha 24 de abril de 2012, acordó estimar condicionalmente la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que los solicitantes reunían los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos que conforme a la doctrina mantenida reiteradamente por la Dirección General de los Registros y del Notariado para que el nombramiento voluntario de auditor pueda enervar la petición del socio minoritario 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, por la copia de la escritura que se acompañó al escrito de oposición, resulta que el nombramiento por la sociedad fue anterior a la solicitud del socio minoritario. Por su parte la inscripción de tal nombramiento garantizaría el derecho del solicitante a que las cuentas anuales de la sociedad fueran objeto de verificación por el auditor nombrado, pero ello estaría condicionado a la calificación de que el documento en que consta dicho nombramiento fuera favorable, lo que no se puede prejuzgar en este expediente. La otra garantía del mismo derecho, la entrega o puesta a su disposición del informe de auditoría resulta en este momento prematura pues, respetando los plazos legales para la formulación de las cuentas y su posterior verificación por el auditor– tras meses a contar desde el cierre del ejercicio para la formulación ex art. 253 de la Ley de Sociedades de Capital y otro mes más como mínimo para la verificación conforme al art. 270– aun no ha transcurrido. Por tanto, lo oportuno en este caso es dejar transcurrir dicho plazo, dejando en suspenso la resolución definitiva, de suerte que añadiendo a dichos plazos otro pruclente de siete días para el traslado o puesta a disposición del solicitante del informe de auditoría, señalar el diez de mayo

próximo como fecha en la que de haberse entregado o puesto a disposición a través de su incorporación al expediente el informe de auditoría se resuelva en sentido negativo la petición, estimando la oposición o, caso contrario, se proceda al nombramiento interesado desestimando la oposición. Por último, en cuanto a que la sociedad no ha podido hacer frente al gasto de la auditoría del ejercicio 2010, también nombrado por el mismo procedimiento al del presente expediente ni podría hacer frente al gasto de una nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, es especial en sus resoluciones de fecha 2, 8,16, 21 de octubre de 1998,28 de noviembre de 1998,1 y 3 de diciembre de 1998,2 de junio de 1999, entre muchas otras, en las que se resuelve que los gastos de auditoría son siempre de cuenta de la Sociedad, por así imponerlo la Ley, con independencia de su situación patrimonial o de las circunstancias socioeconómicas del momento.

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 no está de acuerdo en el plazo que se le concede a la mercantil para la puesta a disposición del solicitante del informe de auditoría, esto es el próximo 10 de mayo de 2012, debido a que el auditor nombrado de parte, don ….., aún no ha terminado el informe de auditoría, siendo que no se han cumplido los plazos legales para el depósito de las cuentas anuales, necesitando más plazo para llevar a buen término el trabajo encomendado las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. 2.º) Que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 270 de la Lev de Sociedades de Capital, el auditor de cuentas dispondrá como mínimo de un plazo de un mes, a partir del momento en que le fueren entregadas las cuentas firmadas por los administradores, para presentar su informe. Este plazo es rrúnimo, no se trata de un plazo absoluto y taxativo, sino que como mínimo se establece el plazo de ese mes para emitir el informe, sin establecer un plazo máximo, entendiendo el plazo máximo antes de que se acabe el plazo para depositar las cuentas anuales del ejercicio objeto de auditoría, y en este acto, al tratarse de la auditoría del ejercicio 2011, hay plazo para depositar las cuentas hasta el próximo 31 de julio de 2012. Por lo que esta parte entiende que no deberla haber ningún inconveniente para ampliar el plazo de puesta a disposición del informe de auditoría por el Registro Mercantil, y ampliar dicho plazo a los efectos de que se pueda terminar el informe de auditoría de forma adecuada. 3.º) Que por todo ello, esta parte interesa que se conceda una ampliación del plazo para trasladar y poner a disposición del solicitante el informe de auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2011 de la entidad mercantil «Cristalería Oliver S.A.», teniendo en cuenta que el depósito de las mencionadas cuentas se deberían depositar como fecha límite el próximo 31 de julio de 2012, dejando en suspenso el nombramiento de auditor solicitado por la parte de adverso en los términos establecidos en la fundamentación jurídica tercera de la decisión adoptada por el Registro Mercantil de Palma de Mallorca.

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 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 articuló 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor, *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

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

En el supuesto analizado, la sociedad no ha garantizado el derecho de los socios minoritarios por ninguno de los medios anteriormente indicados, puesto que el tiempo concedido por el Registrador Mercantil de Palma de Mallorca para que el auditor realice el informe de auditoría, es el plazo establecido en la Ley, siendo de advertir que han transcurrido más de diez meses, desde su vencimiento hasta el momento presente en que se dicta esta resolución, sin que la sociedad haya acreditado la puesta a disposición del socio del referido informe y sin que tampoco lo haya incorporado al expediente. Por tanto, se ha de reconocer a los socios minoritarios su derecho el informe que solicitaron.

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 ….., Presidente del Consejo de Administración de «Cristalerías Oliver, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Palma de Mallorca el 24 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, 7 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Palma de Mallorca.

Resolución de 7 de marzo de 2013 (2.ª)

En el expediente 127/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Aceges, Recogida de Aceites Usados, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., María Mucientes Campo presentó un escrito en el Registro Mercantil de Toledo, el 20 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 «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 2011.

II

Con fecha de 27 de enero de 2012 la Registradora Mercantil de Toledo puso en conocimiento de la solicitante la improcedencia del nombramiento de auditor de cuentas, dado

que consta presentado en el Registro con fecha de 27 de diciembre de 2011, bajo el asiento 891 del díario 74, prorrogada su vigencia hasta el día 20 de marzo de 2012, un documento relativo al nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2011, el cual ha sido calificado defectuoso, encontrándose en el Registro pendiente de subsanar, por lo que, si dicho documento se subsana y se inscribe el nombramiento de auditor efectuado, éste puede enervar la petición del socio minoritario y en el caso de que no se procediera a la inscripción del citado documento dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, se procederá a efectuar la notificación de la solicitud del nombramiento a la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, a los efectos de que puedan ejercitar sus derechos,

III

Caducado el asiento de presentación, relativo al nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2011 y notificada la sociedad de la anterior solicitud, ésta a través de su administrador único don….., alegando: 1.º) Que el 30 de diciembre de 2011 se designó por el administrador único de la sociedad a Doña Inés Cañizares Pacheco como Auditora de la citada sociedad para los ejercicios 2011, 2012 y 2013, siendo auditor suplente Don Javier García Bargueño, se acompaña certificado expedido el 30 de noviembre de 2011 y sendos escritos de 15 de diciembre de 2011 de aceptación de los auditores designados. A mayor abundamiento, a día de la fecha se ha emitido Informe de Auditoría por la persona designada al efecto, de modo que resultarla contradictorio a los intereses de la sociedad el nombramiento de un nuevo auditor que devengarla unos honorarios con cargo a la mercantil y se acompaña el informe de auditoría de fecha 2 9 de marzo de 2012. 2.º) Que no puede olvidarse que nos encontramos ante una auditoría de cuentas facultativa o voluntaria que el administrador único de la sociedad, lleva a cabo en el ejercicio de sus facultades como tal.

IV

La Registradora Mercantil de Toledo, el 11 de abril de 2012, acordó desestimar la solicitud de la minoría por considerar que la sociedad acreditó fehacientemente que tiene nombrado auditor de cuentas para el ejercicio 2011 antes del cierre del ejercicio, porque el certificado citado anteriormente aparece firmado con firma legitimada notarialmente el 19 de diciembre de 2011 y se aportan sendos escritos de aceptación de los auditores nombrados expedidos ambos el 15 de diciembre de 2011, con firmas legitimadas notarialmente el 23 de diciembre de 2011. Asimismo, aportó el informe de auditoría, emitido el 29 de marzo de 2012, por la auditora de cuentas designada por la sociedad, Da Inés Maria Cañizares Pacheco, por lo que no procede su nombramiento, dado que, según doctrina sentada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el derecho del socio minoritario a solicitar el nombramiento de auditor de cuentas queda enervado cuando, como en este caso, queda incorporado al expediente el informe del auditor de cuentas nombrado por la propia sociedad. Concluyó manteniendo que se dio traslado al socio del citado informe.

V

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 existe una clara contradicción entre lo manifestado por la Registradora Mercantil

en su acuerdo de 27 de enero de 2012 y lo mantenido en la resolución que deniega la solicitud de auditoría, en base a que «consta en el expediente» el informe de auditoría. 2.º) Que la sociedad formuló alegaciones oponiéndose al nombramiento una vez transcurrido el plazo de cinco días establecido en el artículo 354 del reglamento del Registro Mercantil. 3.º) Que en la certificación expedida por el administrador único de la sociedad el 30 de noviembre de 2011 y la legitimación de firmas es de 29 de diciembre de 2011, como consta en el cajetín de la legitimación obra sobrescrito, de forma manuscrita el último dígito del ejercicio a auditar, no consta DNI, ni número de inscripción en el ROAC del auditor suplente; y no consta su asiento de presentación en el Registro Mercantil para poder adverar si ésta es a la que alude la registradora, diciendo que causó el asiento número 891 del díario 74, de 27 de diciembre de 2011. Y, por último, la Sra. Registradora deniega la solicitud de nombramiento en base a que existe y un informe de auditoría elaborado por la auditora nombrada por la sociedad con anterioridad a que las cuentas del ejercicio 2011 estuviesen formuladas. Por todo lo expuesto, entiende vulnerado su derecho reconocido 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 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, como primera cuestión, la relativa a los defectos de forma alegados por la sociedad en su escrito de interposición del recurso. El primero de los citados es lo que, a su entender, resultó contradictorio entre la decisión de la Registradora Mercantil de Toledo de 27 de enero de 2012 y la decisión de 11 de abril del mismo año que declaró improcedente la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas. Para aclararla, debe tenerse en cuenta la doctrina mantenida por este Centro Directivo, conforme a la cual el nombramiento voluntario de auditor de cuentas por la sociedad puede enervar el derecho del socio minoritario si acredita 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.

Esta es la razón por la que, existiendo constancia en el Registro Mercantil de la presentación de los documentos para lograr la inscripción del nombramiento voluntario de auditor de cuentas por la sociedad, la cual fue suspendida por defectos, la Registradora Mercantil, atendiendo al principio de prioridad registral del artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil, sus-

pendió la solicitud formulada por la socia minoritaria– con el fin de no dictar una resolución contradictoria– entendiendo que si dichos defectos fueran, finalmente, subsanados, el derecho de la solicitante podría verse enervado, conforme a la doctrina antes expuesta de este Centro Directivo. Sin perjuicio de lo anterior, también el derecho de la minoría puede resultar enervado por la sociedad, por los otros dos medios indicados en los párrafos anteriores, es decir, por la entrega a la solicitante del informe de auditoría o por su incorporación al expediente.

2.º Respecto a los demás defectos denunciados, referidos a la rectificación manuscrita de uno de los último dígito del último ejercicio a auditar y a la falta de constancia del DNI y del número de inscripción en el ROAC del auditor suplente, se ha de advertir a la sociedad que la única finalidad que tiene la exigencia de firmas legitimadas en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, es la de dotar de fehaciencia la fecha del contrato de auditoría para comprobar si es o no anterior a la fecha de presentación en el Registro Mercantil de la solicitud del socio minoritario, siendo así que en el caso presente, ha quedado acreditado por el testimonio notarial de legitimación de firmas que el administrador único de la sociedad y la auditora nombrada firmaron el encargo de auditoría y la aceptación el 27 de diciembre de 2011 y, por tanto, con anterioridad a la presentación de la instancia de la socia minoritaria en el Registro Mercantil. Por lo demás señalar que, la recurrente podrá contrastar los demás datos del auditor y su inscripción en el propio Registro Oficial de Auditores de Cuentas y respecto al ejercicio a auditar, en este procedimiento solo se dilucida la procedencia del nombramiento registral de auditor de las cuentas que corresponden al ejercicio 2011 y no la procedencia de la auditoría para ejercicios futuros.

En cuanto a la supuesta extemporaneidad del escrito de oposición a la solicitud, se reitera en esta resolución lo ya mantenido por este Centro Directivo en otras anteriores respecto al carácter no preclusivo del plazo concedido a la sociedad para presentar alegaciones. Es decir, como interesada que es en el procedimiento, la sociedad y el socio pueden presentar en cualquier momento las alegaciones que estimen convenientes y habrán de ser tenidas en cuenta por el Registrador Mercantil siempre que consten en el expediente antes de dictar resolución *(cfr.* artículos 84 y 112 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

3.º Por último y en cuanto a la cuestión de fondo planteada, procede confirmar por ajustada a derecho la decisión dictada por la Registradora Mercantil de Toledo que no hace sino reiterar la doctrina de este Centro Directivo. En efecto, sobre la posibilidad de que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas pueda enervar el derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, esta Dirección General ha mantenido la doctrina –en la actualidad, plenamente consolidada– de que siendo la finalidad de dicho precepto la de fortalecer la posición de los socios minoritarios facilitándoles el conocimiento veraz de la situación patrimonial y

financiera de la sociedad mediante el informe de auditoría de cuentas, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento –ya sea realizado por el Juez, por el Registrador Mercantil o por el órgano de administración social– 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 le imponen las antedichas normas.

Ahora bien, siempre se ha exigido la concurrencia de una doble condición: *a)* que se haya efectuado con anterioridad a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia de socio minoritario solicitando el nombramiento; *b)* que se garantice, ineludiblemente, al socio solicitante el informe de auditoría, lo que solo podrá lograrse mediante la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas, mediante la entrega del informe al socio minoritario o mediante su incorporación al expediente.

En el caso presente, el derecho de la solicitante ha quedado enervado por la sociedad al haber acreditado, en primer lugar, que la contratación de la auditoría de cuentas se efectuó con anterioridad a que la solicitante presentara su instancia en el Registro Mercantil, el 20 de enero de 2012 y, en segundo lugar, ha garantizado su derecho al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2011, al haberlo aportado al expediente

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 de «Aceges, Recogida de Aceites Usados, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Toledo el 11 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, 7 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Toledo.

Resolución de 8 de marzo de 2013

En el expediente 129/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Autoservicios Tercar, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 13 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 «Autoservicios Tercar, 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 representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando. 1.º) Que el 17 de enero de 23012 se convocó en el BORME la Junta general ordinaria de accionistas a celebrar el 1 de marzo de 2012. A dicha Junta no asistió el solicitante de la auditoría, celebrándose con el accionista que representa el 75'50% de capital, el cual acordó el nombramiento de un auditor de las cuentas correspondientes a 2011, nombramiento que recayó en don ….. Con fecha de 5 de marzo de 2012 el auditor designado aceptó el encargo de auditoría. Dicho acuerdo así como la aceptación del auditor se elevaron a escritura pública el 4 de abril de 2012, autorizada por el notario de Madrid, D. Luis Rueda Esteban, bajo el número 602 de su protocolo notarial. 2.º) Que un mes después de la convocatoria de dicha Junta general el socio minoritario presentó en el Registro Mercantil su instancia solicitando el nombramiento de auditor de cuentas. 3.º) Que el solicitante de la auditoría en el ejercicio de su derecho y de buena fe podría haber obtenido de la sociedad toda la información contable y financiera que hubiera necesitado.

III

El Registrador Mercantil número III de Madrid, con fecha 13 de abril 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, en relación a la manifestación social de que el solicitante no acudió a la Junta General Ordinaria y Extraordinaria celebrada el día 1 de marzo de 2012, convocada mediante anuncio en el BORME y en el díario «El Mundo» los días 17 y 21 de enero, respectivamente, como no ha acudido a ninguna de las Juntas de accionistas celebradas desde el año 2004 hasta la fecha, dicha circunstancia no es obstáculo para la solicitud de nombramiento de auditor objeto de este expediente, dado que la Ley no condiciona la asistencia del socio a las Juntas Generales para poder ejercer el derecho a solicitar y obtener el nombramiento de auditor de cuentas por el Registro Mercantil. En cuanto al acuerdo adoptado en la relacionada Junta celebrada el día 1 de marzo de 2012, relativo al nombramiento de don ….., inscrito en el ROAC con el número 21312, para realizar la auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011 y la aceptación del encargo por el auditor mediante escrito de 5 de marzo de 2012, es doctrina ya consolidada y reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que para que la sociedad pueda enervar efectivamente la petición del socio minoritario, deben cumplirse las dos siguientes condiciones: *a)* que el nombramiento societario, v correlativa aceptación, sea anterior a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil: y *b)* Que se garantice ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicho informe, lo cual solo puede obtenerse mediante la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil,

mediante la incorporación del informe de auditoría al expediente o bien mediante su puesta a disposición del socio (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 2008, 2 de julio de 2009, 5 de octubre de 2010 y 6 de septiembre de 2011, entre otras). De las propias manifestaciones sociales se desprende que el nombramiento de auditor acordado por la sociedad no da cumplimiento al primero de los requisitos exigidos por la Dirección General, por lo que dicho nombramiento no puede enervar el derecho del socio a obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas. Ni el alto coste económico que supone a la sociedad la auditoría solicitada, ni el hecho de que el socio, en el ejercicio de su derecho y de buena fe, podía haber obtenido, de manera inmediata y gratuita, cualquier tipo de documentación de la sociedad, pueden ser consideradas como causas de oposición. El primero porque el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es taxativo –sin que quepa margen interpretativo alguno– tanto al fijar las condiciones para su ejercicio como al disponer que los gastos que origina la auditoría han de correr a cargo de la sociedad y, el segundo, porque información y auditoría son derechos que, aunque complementarios, resultan distintos en su finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio (Res. de la D.G.R.N. 29 de enero de 2002, 2 de abril de 2008, 26 de octubre de 2009, 23 de agosto de 2010 y 6 de septiembre de 2011, entre otras).

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 el Registro Mercantil de Madrid no se considera como prueba documental el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2011, que con anterioridad había solicitado el socio minoritario si mostrar su disconformidad con el mismo.

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 condiciones citadas, pues como la propia sociedad mantuvo en su escrito de oposición la aceptación por parte del auditor de encargo de auditoría de cuentas del ejercicio 2011 tuvo lugar el 5 de marzo de 2012 y la constancia fehaciente de dicho encargo de auditoría no se produjo sino hasta la elevación de la oferta del encargo y de la aceptación a escritura pública el 4 de abril de 2012. Siendo estas fechas posteriores a la de presentación de la instancia del socio minoritario en el Registro Mercantil el 13 de febrero de 2012, es evidente que tiene derecho a obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas que solicitó.

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 anónimas dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

3.º Por último, tampoco puede admitirse la s alegaciones de la sociedad sobre el ejercicio del derecho de información por parte del socio, pues como ha mantenido este Centro Directivo 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe pro-

porcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 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 «Autoservicios Tercar, S.A.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número III de Madrid el 13 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, 8 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 11 de marzo de 2013 (1.ª)

En el expediente 130/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «El Arbolado, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Santander, el 26 de marzo 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 50% del capital social de «El Arbolado, 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, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, falta de legitimación del solicitante de la auditoría por haber adquirido las participaciones sociales que alega mediante el ejercicio del derecho de suscripción preferente en subasta pública, sin embargo ésta se tramitó en un procedimiento judicial cuya resolución aún no es firma, al haber sido recurrida por la firmante del escrito.

III

El Registrador Mercantil de Santander, a la vista del anterior escrito, lo trasladó a la sociedad para que aportara los medios de prueba que tuviera por conveniente. Dicho requerimiento no fue atendido por la sociedad.

IV

Por resolución de 30 de abril de 2012 el Registrador Mercantil de Santander acordó estimar la solicitud del socio peticionario, al entender que con los elementos de juicio de que se dispone, entre los que está el acta de subasta pública número 522 del protocolo del señor notario de Santoña, D. Emilio González-Madroño Gutiérrez, de la que resulta, entre otros extremos, lo siguiente: 1.º) Que el 7 de junio de 2011, día señalado para la referida subasta, se procedió a la realización de la misma, de cuyo resultado se extendió el acta indicada que recoge los asistentes a la misma entre los que se encontraba el acreedor ejecutante, don ….., a quien se adjudicó el remate como mejor postor, siendo advertido que, en todo caso, deberla estar al resultado de lo previsto en el artículo 109 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º) Que el 21 de junio siguiente, el notario citado impuso en la oficina de Correos de Santoña, certificada y con acuse de recibo, la cédula de identificación con testimonio de la diligencia de celebración de la subasta, dirigida a la sociedad «El Arbolado, S.L.», a los efectos de lo previsto en el artículo 109 citado la cédula de notificación fue recibida por la sociedad el 23 de junio de 2011. Y que habiendo transcurrido el plazo de un mes previsto en el apartado 3 del artículo 109 de la Ley de Sociedades de Capital, sin que por parte de los socios ni por la propia sociedad se hubiera manifestado el deseo de ejercer su derecho de suscripción preferente subrogándose en lugar del acreedor, la adjudicación a éste último, Sr. ….., quedó firme. En consecuencia, hay que estar a lo declarado por el notario designado por el Juzgado de Primera, Instancia número 2 de Santoña ante el que se ha seguido el procedimiento que, como se ha indicado, ha declarado la firmeza de la subasta pública referida.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, básicamente, los argumentos aducidos en su escrito de oposición que en consecuencia se dan por reproducidos en la presente instancia, sin necesidad de reiteración.

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 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 único del acuerdo recurrido, dado que el solicitante ha aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación, consistente en el acta notarial de la subasta pública, autorizada por el notario de Santoña D. Emilio González-Madroño Gutiérrez, nombrado por el Juzgado de Primer Instancia número 2 de Santoña, en ejecución de títulos no judiciales 264/2001, de la que resulta que, entre los asistentes a dicha subasta, se encontraba el acreedor ejecutante, don ….., a quien se adjudicó el remate como mejor postor. Y, asimismo, que constando acreditado que, tras la oportuna notificación, ni los socios ni por la propia sociedad manifestaron el deseo de ejercer su derecho de suscripción preferente y subrogarse en lugar del acreedor, por lo que la adjudicación a éste último, Sr. ….., quedó firme.

Dicha prueba no ha sido desvirtuada por la administración social recurrente que se limita a alegar la falta de legitimación del solicitante, sin aportar medio probatorio alguno que apoye dicha afirmación. Consecuentemente, se ha de reconocer al solicitante el derecho 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 doña ….., en nombre y representación de «Arbolado, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Santander el 30 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, 11 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Santander.

Resolución de 11 de marzo de 2013 (2.ª)

En el expediente 131/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socio de «Terrenys, Finques i Dominis All, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil Barcelona el 29 de marzo de 2012 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 16,218% del capital social de «Terrenys, Finques i Dominis All, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011. Aportaba fotocopia de copia simple de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, otorgada en fecha 14 de octubre de 2010 ante el notario de Barcelona D. Juan Manuel Perelló Font, número 2.057 de protocolo, de la que se desprende que don ….. se adjudicó para sí, entre otros bienes, en pago del prelegado dispuesto en el testamento y en pago de su haber en la herencia, las participaciones núms. 19.207 a 23.040, ambos inclusive, de la sociedad. En el testamento protocolizado junto a la citada escritura se establece en la cláusula séptima que: «los bienes que reciba, bien en calidad de heredero bien en calidad de legatario, su nieto don ….. mientras sea menor de veinticuatro años, serán administrados por su tía doña …... Los frutos serán destinados al mantenimiento, educación y formación de don ….. y el destino del sobrante, si lo hubiere, lo decidirá libremente el administrador citado, procurando siempre el destino mas beneficioso para don …

II

La sociedad, a través de su administradora única doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Falta de legitimación del solicitante, puesto que no está legitimado para solicitar el nombramiento de auditor, ya que existe una limitación sobre los bienes que heredó de su abuelo, en la cláusula séptima de su testamento, por la cual los bienes que reciba, bien en calidad de heredero, bien en calidad de legatario su nieto, don ….., mientras sea menor de veinticuatro años, serán administrados por su tía doña …..., 2.º) Que la sociedad no se halla incluida en ninguno de los supuestos legales tasados de obligación de revisión o auditoría y, a pesar de ello, en la Junta de fecha 7 de febrero de 2011, a la que no asistió el solicitante, se acordó contratar a «Faura-Casas Auditores Consultores, S.L.» a fin de que asesoraran en la llevanza de la contabilidad de la sociedad pero sin emitir informe de auditoría. 3.º) Que la sociedad ha ofrecido toda la información que el socio ha solicitado relativa al ejercicio de 2010, aunque entendiera que el Sr. Salesa Novio estaba ejercitando su derecho de forma abusiva, sin que se haya solicitado información relativa al ejercicio de 2011. Además, el peticionario tampoco ha puesto en conocimiento de la sociedad su deseo de que se nombrara auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil número VIII de Barcelona, con fecha 16 de abril de 2012, 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. La sociedad que no

niega la propiedad del solicitante sobre las participaciones sociales alegadas, mantiene que carece de legitimación, dada la prohibición de disponer establecida en el testamento, siendo su administradora doña …..,. De la documentación aportada a este expediente consta que el testador nombró Administradora de los bienes recibidos por el solicitante del nombramiento de auditor mientras éste sea menor de veinticuatro años, estableciendo asimismo que no podrá disponer de dichos bienes hasta la citada edad y sin el consentimiento de la referida Administradora. Debe tenerse en cuenta que la limitación de disponer establecida constituye una privación o restricción del «ius disponendi» que lleva anejo un derecho subjetivo y que impide que éste pueda ser enajenado, gravado u objeto de otro tipo de disposición, quedando concebida como un gravamen real cuyo efecto es impedir temporalmente la salida del bien del patrimonio de su titular. Aunque el interesante problema de las prohibiciones de disponer no ha sido demasiado tratado ni doctrinal ni jurisprudencialmente, si que existe doctrina y jurisprudencia en el sentido de que su interpretación debe realizarse con criterio restrictivo y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por quien establece la limitación, finalidad que puede ser de carácter social, familiar, etc. (pueden verse como ejemplo de lo indicado las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 30 de junio de 1913 y 21 de abril de 1949), y que dichos pactos han de entenderse en su sentido literal y no pueden ampliarse, y la limitación expresa ordenada por el finado es que no se pueda disponer de los bienes recibidos en concepto de heredero o legatario, por actos intervivos, a título oneroso ni gratuito, ni gravarlos, hasta la edad de 24 años, es decir, existe una limitación únicamente en cuanto a la disposición. A la vista de tales circunstancias necesariamente se ha de concluir a favor de la legitimación del socio para solicitar el nombramiento de auditor al cumplirse por él 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 del socio de realizar actos dispositivos sobre sus participaciones pero no a los demás derechos políticos y económicos inherentes a su condición de socio, 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 En cuanto a las alegaciones de la sociedad relativas a que la sociedad no se halla incluida en ninguno de los supuestos legales tasados de obligación de revisión o auditoría y, a pesar de ello, en la Junta de fecha 7 de febrero de 2011, a la que no asistió el solicitante, se acordó contratar a «Faura-Casas Auditores Consultores, S.L.» a fin de que asesoraran en la llevanza de la contabilidad de la sociedad pero sin emitir informe de auditoría, debe señalarse que las mismas tampoco serían motivos de oposición dado que dichas manifestaciones no pueden prosperar ya que no son causas que enerven el derecho al nombramiento de auditor de un socio que, como en el presente caso, ha acreditado reunir las circunstancias de capital y tiempo que exigen los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil. Además, el hecho que la referida compañía no se halle incluida en ninguno de los supuestos legales tasados de obligación de revisión o auditoría, debe precisarse que las sociedades que, en principio, no están obligadas a la verificación contable, al poder presentar sus cuentas en el Registro Mercantil en forma abreviada, pasan a estarlo cuando, en base a los artículos anteriormente citados, lo solicita un número de socios que representen al menos el 5%

del porcentaje del capital social y presenten su instancia en el Registro Mercantil en los tres meses siguientes del cierre del ejercicio social (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 19 de febrero de 2009 y 23 de junio de 2010, entre otras. Finalmente, la sociedad alega que ha ofrecido toda la información que el socio ha solicitado relativa al ejercicio de 2010, aunque entendiera que el Sr. ….. estaba ejercitando su derecho de forma abusiva, sin que se haya solicitado información relativa al ejercicio de 2011 y sin que el peticionario pusiera en conocimiento de la sociedad su deseo de que se nombrara auditor. Al respecto, debe precisarse que 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 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. Y en cuanto a que la sociedad entendiera que el socio ejerce el derecho de información de forma abusiva y que no pusiera en su conocimiento el deseo de que se nombrara auditor, debe precisarse que existe abundantísima doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalando 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 (artículo 7 del Código Civil) y no ampara, por el contrarío, 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 sólo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (artículo 1.902 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 y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que, precisamente, por ser el derecho a solicitar el nombramiento de auditor de cuentas un acto de administración el solicitante carece de legitimación, al estar encomendada la administración de sus bienes a Doña Mercedes Salesa.

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, 30 de mayo de 2007, 12 y 19 de febrero de 2009 y 23 de junio de 2010.

1.º Procede confirmar por ajustada a derecho la resolución adoptada por el Registrador Mercantil de Barcelona que no hace sino reiterar la doctrina consolidada de este centro Directivo. En efecto, el solicitante ha aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación mediante los documentos adjuntos a su solicitud, de los que resulta su titularidad sobre un número de participaciones sociales equivalentes al 16'218% del capital social.

La sociedad, por su parte, pretende la enervación del derecho del socio al nombramiento registral de auditor de cuentas, invocando la cláusula testamentaria que establece la prohibición de disponer de los bienes por don ….., hasta alcanzada la edad de 24 años y el nombramiento como administradora de doña ….. El testador estableció, asimismo, que «los frutos serán destinados al mantenimiento, educación y formación de don ….., y el destino del sobrante, si lo hubiere, lo decidirá libremente el administrador citado, procurando siempre el destino más beneficioso para don …..,». De una lectura atenta de dicha prohibición resulta evidente, sin necesidad de acudir a normas interpretativas, que la administración establecida por el testador a favor de doña ….., solo abarca al rendimiento económico de los bienes, cuyo destino habrá de ser el predeterminado por él pero, en ningún caso, puede hacerse extensiva a la realización de actos de gestión, como el de solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas de un determinado ejercicio social.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación referida al conocimiento que solicitante tiene o puede tener de los documentos contables de la empresa pues 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º Finalmente, en cuanto a las motivaciones que hayan podido llevar al solicitant a solicitar la auditoría, cabe recordar la doctrina mantenida por esta Dirección General, conforme a la cual el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivacio-

nes, 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.* artículos 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 doña ….., representante de «Terrenys, Finques i Dominis All, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Barcelona de 30 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, 11 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VIII de Barcelona.

Resolución de 11 de marzo de 2013 (3.ª)

En el expediente 132/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Targis Salud, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 20 de marzo 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 «Targis Salud, 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 nombró en Junta General celebrada en fecha 15 de diciembre de 2011, como auditor de cuentas para un periodo de tres años, es decir, para los ejercicios 2011, 2012 y 2013, a la mercantil «Grup Integral D'auditors, S.L.P.», la cual aceptó el nombramiento en fecha 22 de diciembre de 2011, y la legitimación de la firma fue realizada día 29 de marzo de 2012, y el día 30 de marzo de 2012 se presentó en este Registro Mercantil.

III

La Registradora Mercantil Número IX de Barcelona, con fecha 11 de abril de 2012, 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 se cumplen ninguna de las condiciones señaladas pues, por un lado, aunque se admitiera que el nombramiento de auditor ha sido previo lo cierto es que dicho nombramiento no se adecua a lo establecido por el artículo 1.227 del Código Civil, 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 29 de marzo de 2012 y, por tanto, el nombramiento no puede considerarse previo a la solicitud –de 22 de marzo de 2012– (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 21 de enero de 2008, 18 de diciembre de 2010 y 7 de septiembre de 2011, entre otras).

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 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 estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que el nombramiento de auditor y la aceptación por parte de éste solo tiene fecha fehaciente desde la legitimación notarial de firmas, es decir, desde el 29 de marzo de 2012, siendo así que ésta es posterior a la fecha de presentación de la instancia de la socia minoritaria en el Registro Mercantil solicitando el nombramiento de auditor de cuentas el 22 de mazo de 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don …..,, en nombre y representación de «Targis Salud, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil número IX de Barcelona el 11 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 recla-

mación administrativa, de conformidad con 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 marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IX de Barcelona.

Resolución de 12 de marzo de 2013 (1.ª)

En el expediente 134/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Alenda Escuela Viva, S.L.L.».

HECHOS

I

Don ….., doña ….., don ….., don ….., doña ….., doña ….., doña ….., y doña ….., presentaron 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 como titulares de más del 5% del capital social de «Alenda Escuela Viva, S.L.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su apoderado, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: Falta de legitimación de los solicitantes, dado que omitieron citar en su instancia la escritura de ampliación de capital social, otorgada por la sociedad el 1 de junio de 2011 y autorizada por el notario de Alicante, D. Francisco Pastor López, bajo el número 1980 de su protocolo que documenta la ampliación de capital social en la cantidad de 850000 euros. Por tanto, al no acudir a dicha ampliación, los solicitantes de la auditoría carecen de legitimación en este procedimiento al quedar reducida su participación al 0'8% del capital social de la compañía.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 17 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud presentada por la minoría, al entender que, 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. En el caso pre-

sente, el capital social que consta inscrito en el Registro Mercantil es de 150.000 euro, dividido en 150 participaciones sociales de mil euros cada una. Dado que la sociedad aporta para desvirtuar la legitimación de los solicitantes copia de la escritura de ampliación de capital social otorgada el 1 de junio de 2011 y que la eficacia del aumento de capital social queda supeditada a su inscripción en el Registro Mercantil (artículos 20 y 21 del Código de Comercio y 9 del Reglamento del Registro Mercantil) y los socios acreditan la titularidad de al menos el 5% del capital social inscrito, procede desestimar la oposición 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, manteniendo las alegaciones aducidas en su escrito de oposición y que, en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia y añadiendo que la resolución recurrida incurre en la contradicción de señalar que el acuerdo de aumento de capital solo tiene efectos frente a terceros si se inscribe en el Registro Mercantil, siendo así que, en este caso, los socios solicitantes no son terceros frente a 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 8 de septiembre de 1993 y, como más reciente, la de 19 de octubre de 2007 y 5 de junio 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 y elevado a público el 1 de junio de 2011, con anterioridad a la presentación de la instancia de los socios minoritarios solicitando el nombramiento registral de auditor, puede enervar dicha petición por falta de legitimación de éstos 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 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 los solicitantes 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 30 de marzo de 2012, 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 indica la sociedad, el acuerdo de la Junta General se elevó a escritura pública sino hasta el 1 de junio de 2011 y no fue presentada para su inscripción en el momento en el que el Registrador Mercantil dictó su resolución. Consecuentemente, se ha de concluir con el Registrador Mercantil de Alicante que los socios minoritarios reunían, el 30 de marzo de 2012 –fecha en la que presentó su instancia en el Registro Mercantil –más del 5% de capital social que la legitiman para ejercitar el derecho.

A mayor abundamiento, se ha recordar a la sociedad que en este procedimiento de nombramiento registral de auditor, el socio/s solicitante/s tienen la condición de terceros, por ejercitar un derecho reconocido en la ley frente a la sociedad y pese a su oposición, buena prueba de ello es el recurso que hoy se resuelve.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., apoderado de «Alenda Escuela Viva, S.L.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Alicante el 17 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, 12 de mazo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Alicante.

Resolución de 12 de marzo de 2013 (2.ª)

En el expediente 136/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Previseguro Correduría de Seguros, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., presentó el 29 de marzo de 2012 un escrito en la Oficina de Correos de Madrid dirigido al Registro Mercantil de Madrid, con entrada en este Registro el 2 de abril de 2012 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 2011.

II

La sociedad, a través de don ….., en su condición de apoderado, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad en la Junta general de 29 de junio de 2010 procedió a nombrar auditor de cuentas a don ….., como auditor titular y a don ….., como auditor suplente. Ambos nombramientos constan inscritos en el Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil número X de Madrid, con fecha 24 de abril de 2012, tras señalar que el socio minoritario reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, resolvió admitir la oposición plateada 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 recayó en el auditor de cuentas don ….. y como suplente en don ….. para verificar las cuentas anuales de los ejercicios 2010, 2011 y 2012 y fue inscrito en la hoja abierta a la sociedad– inscripción número 18.ª– el 24 de noviembre de 2010.

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 del acuerdo de nombramiento de auditor, adoptado en la Junta General de 25 de junio de 2010 ante el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid. 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 mani-

festó 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 «Reviseguro Correduría de Seguros, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XII de Madrid el 24 de abril 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 marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil XIII de Madrid.

Resolución de 13 de marzo de 2013 (1.ª)

En el expediente 139/2012 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 26 de marzo de 2012 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 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 2011.

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 XIV de Madrid, con fecha 21 de abril de 2012, 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 fraude 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 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.* artículos 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 2011, 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 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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.

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, 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 8 de septiembre de 1993 y, como más recientes, la de 19 de octubre de 2007 y la de 5 de junio de 2012.

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.* 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.* artículos 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 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 «Heliográficos Suministros y Servicios Cad, S.L., S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XIV de Madrid el 21 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, 13 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIV de Madrid.

Resolución de 13 de marzo de 2013 (2.ª)

En el expediente 140/2012 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Pescados y Mariscos Laucasal, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Guipúzcoa el 23 de febrero de 2009, 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 socia de «Pescados y Mariscos Laucasal, S.L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de don ….. y don ….., en su condición de administradores mancomunados, se opuso a dicha pretensión negando la legitimación a la solicitante de la auditoría, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que los únicos socios de la empresa son los firmantes del escrito, estando Don Ángel Pazos casado en régimen de gananciales con doña ….., solicitante de la auditoría de cuentas. 2.º) Que, conforme a los artículos 90 y 91 de la Ley de Sociedades de Capital, las participaciones sociales son partes alícuotas e indivisibles. Por su parte, el artículo 104 de esta misma ley dispone que la sociedad solo reputará como socio al que se halle inscrito en el Libro registro de socios.

III

El Registrador Mercantil de Guipúzcoa, con fecha de 25 de abril de 2012, acordó estimar las solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado, al entender que la doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado es clara cuando mantiene que mientras la sociedad de gananciales no se liquida, cualquiera de los cónyuges está legitimado para realizar actos de gestión y administraciones de los bienes comunes, al existir 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.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso, en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando, básicamente, los argumentos aducidos en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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 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 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 «Pescados y Mariscos Laucasal, 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 –artículo 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 los datos que resultan de la escritura de constitución de la sociedad y por la información facilitada por el Registrador Mercantil de Guipúzcoa (Cf. Hechos III) 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 superior al 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 en la sociedad de gananciales 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 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.

Esta interpretación en nada obstaculiza las disposiciones contenidas en los artículos 126 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 bie-

nes *(cfr.* artículos 392 y siguientes del Código Civil) y en el otro las de la sociedad de gananciales (artículos 1344 y siguientes del Código Civil).

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 104 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto don ….. y don ….., en representación de la entidad mercantil «Pescados y Mariscos Laucasal, S.L.», y confirmar las Resoluciones del Registrador Mercantil de Guipúzcoa de 25 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, 13 de marzo de 2013.–El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Guipúzcoa.

Resolución de 13 de marzo de 2013 (3.ª)

En el expediente 137/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Turbos y Direcciones Valencia, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil Valencia el 29 de marzo de 2012 solicitando, al amparo, del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Turbos y Direcciones Valencia, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011. Aportaba copia del testamento de su madre doña ….., autorizado ante el notario de Moncada, D. Jaime Alberto Pi Soriano, en el que le instituye heredero.

II

La sociedad, a través de don ….., administrador único de la misma, se opuso a dicha pretensión alegando, resumidamente: 1.º) Falta de legitimación del solicitante, al no haber sido aceptada la herencia. 2.º) El solicitante no expresa en su instancia la causa de su petición. 3.º) La sociedad carece de recursos suficientes para costear la auditoría de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de Valencia, con fecha 18 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que según reiterada doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado, el solicitante acredita formar parte de una comunidad hereditaria titular de las participaciones sociales de la compañía, sin que sea necesario que esperar a la partición y adjudicación de la herencia para poder ejercitar el derecho de auditoría, puesto que a través de el está realizando un acto de gestión, que no de disposición de los bienes comunes. Es indiferente la expresión de la causa de la petición, dado que, en cualquier caso, la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. El abuso de derecho resulta imposible juzgarlo 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.* artículos 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 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 el solicitante de la auditoría fue socio de la compañía hasta 2008, año en el que vendió sus participaciones sociales. El fallecimiento de la madre en agosto de 2011 ha despertado en el solicitante el ánimo de perjudicar a la sociedad. 2.º) Que no ostenta el porcentaje necesario para ejercitar l derecho, puesto queso madre le instituyó heredero y, asimismo, instituyó legataria a su hermana, siendo así qu la madre solo era titular de 5 participaciones sociales sobre 60, es decir, de una porción equivalente al 8% de capital social. 3.º) Que no pueden compartir con el Registrador mercantil que en base a un principio de prueba se ejercite un derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de este Centro Directivo de 25 de marzo de 1994, 3 de abril y 18 de mayo de 1995 y,

como más recientes, las de 10 de febrero de 2003 y 19 de febrero, 24 de mayo y 12 de junio de 2005 y 30 de mayo de 2007.

1.º Procede confirmar por ajustada a derecho el fundamento de la resolución adoptada por el Registrador Mercantil de Valencia. En efecto, el solicitante ha aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación mediante los documentos adjuntos a su solicitud, de los que resulta que forma parte de una comunidad hereditaria titular a un número de participaciones sociales equivalentes al 8% de 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 aceptar expresamente la herencia, ni esperar a la partición y adjudicación de ésta para estar legitimados para solicitar la auditoría, sino que, como ocurre en el caso que nos ocupa, basta con que acredite su condición de heredero –como ha hecho– para que, como miembro de la comunidad hereditaria titular del las acciones, pueda solicitar la auditoría, dado que la naturaleza jurídica de este derecho es la propia de los actos de gestión y administración, no de disposición *(cfr.* artículos 998 y 999 del Código Civil).

2.º Tampoco puede prosperar la alegación relativa a la inexpresión de la causa de la petición, puesto que es reiterada la doctrina de este Centro Directivo manteniendo, 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 art. 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 art. 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 art. 350 del mismo cuerpo legal que queda enlazado con otro supuesto que es el del art. 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, completamente diferente al número 2 del mismo artículo.

3.º En cuanto a las motivaciones del solicitante que la sociedad cuestiona, también se ha de recordar 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 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.* artículos 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 lo que se refiere a los costes de la auditoría que la sociedad entiende son innecesarios, 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.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador único de «Turbos y Direcciones Valencia, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Valencia el 24 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, 13 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 14 de marzo de 2013

En el expediente 133/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Familia Montañés, S.L.

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Granada el 30 de marzo de 2012 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 «Familia Montañés, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administradora único, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que existen actualmente varios procesos judiciales en curso

cuyo resultado final depende absolutamente la clarificación definitiva de la situación patrimonial y económica de la sociedad, Autos 347/09 de rendición de cuentas, y Autos 175/10 de nulidad de aportaciones sociales, ambos seguidos ante el actual Juzgado de lo Mercantil de Granada, –antes de Primera Instancia número 14–. En el primero de los mencionados, se solicita a don ….., la rendición de cuentas de su actuación como apoderado, durante el periodo de 2002 a 2007, y en el segundo, se solicita la nulidad de una serie de aportaciones sociales efectuadas por el Sr. …. como apoderado de la sociedad «Familia Montañés, S.L.» a otras entidades «Familia Sevigra, S.L.» y «Crisma Selección, S.L.». Se aportan fotocopias de dichos Autos. 2.º) Que, al existir dichos procedimientos, las cuentas jamás podrán realizarse hasta que quien solicita el auditor no rinda las oportunas cuentas y explicaciones de su actuación.

III

El Registrador Mercantil de Granada, con fecha 23 de abril de 2012, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. Entiende que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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, haciéndose constar lo siguiente:– En ningún momento se niega la legitimación de don ….., para solicitar el nombramiento de auditor.–Que los procedimientos alegados y en curso, no son suficientes para enervar el derecho concedido al socio minoritario, ya que se refieren a su actuación como Apoderado, durante unos años, 2002 a 2007, que no se corresponden con el que se solicita la Auditoría, 2011, y sobre aportaciones efectuadas por la sociedad «Familia Montañés, S.L.» a favor de otras, sin que por ello quede afectada la participación del solicitante, Sr. ….., en el capital social de la sociedad «Familia Montañés, S.L.», por lo que seguiría ostentando su participación en el capital social, que le permitiría ejercitar su derecho reconocido en el citado artículo 265.2 de la LSC, derecho que se le concede por el mero hecho de ser socio con un porcentaje mínimo de un 5% en el capital social.–Que la litispendencia sólo tiene eficacia suspensiva en el procedimiento de nombramiento de auditor, si afecta a la legitimación del solicitante (RDGRN 27 de diciembre de 1999,18 de abril de 2001 y 7 de julio de 2005), lo que no ocurre en este supuesto, ya que la posible nulidad de aportaciones a otras sociedades, no afecta a la participación del solicitante en el capital social.–Y respecto de la manifestación de que las cuentas no podrán jamás realizarse hasta que quien solicita el auditor no rinda cuentas de su actuación de apoderado, para que aclare la confusión patrimonial causada por el mismo, se hace constar que el derecho del socio minoritario és independiente para cada ejercicio, en este caso, 2011, no siendo obstáculo para su ejercicio, ni el cierre de hoja por falta de depósito de cuentas (RDGRN de 30 de agosto de 2002), ni la alegación de que no se han formulado aún las cuentas y, por tanto, no hay nada que auditar, que aún siendo cierta no puede prosperar, según doctrina reiterada de la DGRN, y que es un derecho que la Ley reconoce al socio que reúna los requisitos de legitimación, en cuanto a la titularidad de un mínimo de un 5% del capital social, y tiempo de presentación de la solicitud que se dice en el artículo 265.2 de la LSC, sin que puedan exigirse otros requisitos adicionales no previstos por la ley.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, dando por reproducidas todas las alegaciones de su escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que no concurren los dos

requisitos exigidos por el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que la instancia solicitando el nombramiento de auditor de cuentas fue presentada el 30 de marzo de 2012 y, calificada con defectos, éstos fueron subsanados 1 2 de abril de es mismo año, esto es, con posterioridad al plazo de tres meses establecidos en la ley y en el Reglamento. 2.º) Que, en cuanto al fondo del asunto, la sociedad ha acreditado documentalmente que no procede el nombramiento solicitado, como resulta de las resoluciones judiciales aportadas por la sociedad al expediente, las cuales fueron favorables a las pretensiones de la sociedad. 3.º) Que aún siendo innegable la condición del solicitante y su participación en el capital en una proporción superior al 5%, la aplicación literal de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, llevaría a un resultado ilógico desde el punto de vista jurídico.

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 reciente, la de 19 de octubre de 2007, la de 27 de mayo y la de 21 de julio de 2010.

1.º El presente recurso plantea una cuestión de carácter formal y es la relativa al carácter extemporáneo de los escritos subsanatorios de la instancia del peticionario solicitando del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas. Pues bien, sobre este trámite comprendido en la fase de iniciación del procedimiento ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente este Centro Directivo manteniendo que, no existiendo en el Reglamento del Registro Mercantil ninguna norma concreta de carácter procedimental que resuelva la cuestión de la posible subsanación de errores u omisiones de la instancia, se ha de acudir a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, aplicable con carácter supletorio a este procedimiento, cuyo artículo 71 regula el trámite de subsanación y mejora de la solicitud y que impone a la autoridad competente para resolverlo– en este caso el Registrador Mercantil– la obligación de requerir al interesado para subsanar el defecto o suplir la omisión advertida, siendo así que los efectos de dicha subsanación se retrotraen a la fecha de presentación de la solicitud.

2.º La cuestión de fondo planteada no es otra que la de determinar si la existencia de los procedimientos judiciales citados por la recurrente pueden enervar la petición del solicitante por no reunir el requisito de legitimación para solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Sobre la cuestión de la legitimación 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 Mercan-

til –artículo 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 rió hasta 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 atención a esta doctrina procede mantener el fundamento jurídico de la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Granada, puesto que ni la demandante planteó ni, obviamente, las resoluciones judiciales dictadas por el Juzgado de lo Mercantil de Granada de 10 de diciembre de 2010, parcialmente confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de octubre de 2011 en el rollo de apelación núm. 385/11, así como la del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada de 29 de Febrero de 2012, se pronunciaron sobre la condición de socio del solicitante, ni sobre el porcentaje de su participación en el capital social de la entidad mercantil, sino que, por el contrario, se limitaron a declarar la obligación de don ….. de rendir cuentas a la entidad mercantil «Familia Montañés, S.L.» y a declarar la nulidad de las aportaciones realizadas a las sociedades «Familia Sevigra, S.L.» y «Crisma Selección, S.L.».

En consecuencia, la sociedad no ha desvirtuado la prueba de la legitimación del solicitante constituida por las inscripciones de las escrituras de constitución de la sociedad de fecha 27 de julio de 2011, autorizada por el notario de Granada, D. Aurelio Nuño Vicente y la de ampliación de capital socia, autorizada el 31 de diciembre de 2001 por el también notario de Granada, D. Vicente Moreno Torres, que constan inscritas en el Registro Mercantil de Granada *(cfr.* artículos 18 del Código de Comercio y del Reglamento del Registro Mercantil).

3.º Por último, tampoco puede prosperar la alegación que pretende impedir la auditoría de cuentas del ejercicio 2011, fundada en no estar formuladas las cuentas correspondientes a ese ejercicio, pues como también ha mantenido este Centro Directivo la auditoría de puede cumplir otras funciones como la de verificar si la contabilidad social se ha llevado o no de manera ajustada a derecho para que, en caso contrario, los socios puedan ejercitar la acción de responsabilidad de los administradores.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto doña ….., administradora única de «Familia Montañés, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Granada el 23 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, 14 de marzo de 2013.–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 2013

En el expediente 112/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «García Marín e Hijos, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil Córdoba el 30 de marzo de 2012 solicitando, al amparo, del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «García Marín e Hijos, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011. Alegó formar parte de la comunidad hereditaria surgida de la existencia de un Testamento Ológrafo otorgado por doña ….. y adverado por Auto número 92/2012 del Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Córdoba, Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria General, número 547/2011, de fecha 27 de Noviembre de 2007.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, falta de legitimación del socio, don ….., puesto que la fallecida doña ….., y su cónyuge otorgaron capitulaciones matrimoniales el 21 de febrero de 1977, estableciendo como régimen económico del matrimonio el de separación de bienes. Dichas capitulaciones matrimoniales fueron otorgadas con anterioridad a la constitución de la sociedad, siendo así que en esta última escritura, doña ….., intervino excluidamente para prestar su consentimiento a la aportación de una serie de bienes muebles y mercaderías sin asumir la condición de socia. Finalizó su escrito de oposición señalando que aunque no afecte al caso, la protocolización del testamento ológrafo al que hace referencia el solicitante, no es

firme, al haber sido impugnada su protocolización. Adjuntaba a su escrito copia del Libro registro de socios de la compañía «García Marín e Hijos, S.A.» y, asimismo, copia de la escritura de capitulaciones matrimoniales, otorgada ante el notario de Córdoba, D. Santiago Echevarría Echevarría, el 21 de febrero de 1977, bajo el número 700 de su protocolo y certificado literal de matrimonio emitido por el Registro Civil d Córdoba.

III

El Registrador Mercantil de Córdoba, con fecha 23 de abril de 2012, acordó desestimar la solicitud formulada. Entendió que, aún siendo cierto que la comunidad hereditaria surgida de la existencia de un Testamento Ológrafo otorgado por doña ….. y adverado por Auto número 92/2012 del Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Córdoba, Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria General, número 547/2011, de fecha 27 de Noviembre de 2007, alegada por el solicitante, podría valer como un principio de prueba de la existencia de dicha comunidad hereditaria que habilitaría dicha solicitud de nombramiento de Auditor, porque como resolvió la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 8 de noviembre de 2005 «los solicitantes han probado su legitimación mediante un principio de prueba por escrito (Acta de declaración de herederos abintestato....) lo que significa que han acreditado formar parte de una comunidad hereditaria titular de las participaciones sociales que invocan, que, como tal puede ejercitar el derecho de auditoría, puesto que, a través de él ejercita un derecho de gestión o administración, que no una disposición de bienes» y también es cierto que la Dirección General de los Registros y que el ha rechazado que la única forma de acreditar la condición de socios sea la que resulta del libro Registro porque significaría pues dejar al arbitrio de una de las partes –la sociedad– el ejercicio de un derecho que la Ley reconoce a la otra –el socio–. Sin embargo, no es menos cierto que dicha formulación del solicitante da por supuesta la integración de dicha comunidad hereditaria por el 50% del capital social perteneciente a la causante, doña ….., lo que resulta ser un presupuesto erróneo al resultar claramente desvirtuado por la circunstancia alegada por la sociedad de que, en el momento de constitución de la sociedad de fecha 28 de diciembre de 1990 otorgada en Córdoba ante el notario D. Matías Valdecantos García, número 536 de su protocolo, dicha señora, junto con su esposo don ….., habían otorgado capitulaciones matrimoniales, pactando separación de bienes de fecha 21 de febrero de 1977, ante el notario de Córdoba, D. Santiago Echevarría Echevarría, número 700 de protocolo, debidamente inscrita por nota al margen en el Registro Civil, como resulta todo ello de los testimonios notariales de las escrituras de constitución de la sociedad, de la de capitulaciones matrimoniales y de la certificación de matrimonio del Registro Civi1. Por tanto, originando el testamento ológrafo una comunidad hereditaria respecto de la que no se prueba que esté compuesta en modo alguno por las acciones de la sociedad, habida cuenta de la acreditación de la existencia de capitulaciones matrimoniales y aportándose, asimismo, testimonio del Libro Registro de acciones nominativas del que no resulta que doña ….., fuese socia de la entidad, se infiere claramente que no es posible proceder a dicho nombramiento, por lo que he acordado desestimar la solicitud de nombramiento de Auditor, formulada por don ….. como representante de don …

IV

Contra dicha resolución don ….., en nombre y representación de don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que doña ….., era propietaria de hecho y de derecho de

un número de acciones equivalentes al 50% del capital social de la entidad mercantil, tal y como se desprende del tenor literal de la escritura de constitución de la sociedad, en la que comparecieron don ….. y doña ….., respecto de quienes no se hizo consta su régimen matrimonial, como tampoco se hizo constar éste, respecto del resto de los comparecientes, dos de los cuales son yernos del matrimonio que suscribían a título personal las acciones, puesto que se presuponía la ganancialidad de dichas acciones en el momento en el que fueron suscritas. 2.º) Que lo contrario hubiera hecho aconsejable que el notario autorizante de dicha escritura hubiese hecho constar el régimen matrimonial de cada uno de los comparecientes y el carácter con el que suscriben las acciones sociales. 3.º) Que no es menos cierto que la aportación de don José ….. para suscribir 9.960 acciones con una cuanto menos sospechosa frase de «con el consentimiento de su esposa», consistió en el mobiliario y enseres y con una aportación en metálico en la que se habla de la aportación por los otorgantes. 4.º) Que a fines del Registro desde que se otorgó la mencionada escritura hasta el fallecimiento de doña ….., se han otorgado innumerables escrituras en las que consta el régimen de ganancialidad y la actuación por cuenta de la sociedad de gananciales. Por tanto, las cuestiones que puedan surgir relacionadas con la validez de dichas capitulaciones matrimoniales, con el testamento ológrafo otorgado por la causante en el que claramente mejoraba a su hijo, habrán de dilucidarse ante los Tribunales de Justicia. 5.º) Que el argumento simplista de que existen capitulaciones matrimoniales, otorgadas en el año 1977 y que por ello debe presumirse el carácter privativo de las acciones que don ….. suscribió, es una deducción que habrá de ventilarse ante los tribunales de Justicia, pero que a los efectos que aquí interesa, no puede negarse que dicho señor actuó siempre por cuenta de su sociedad 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 11 de mayo de 2010.

La cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si el solicitante de la auditoría que acredita en el expediente formar parte de la comunidad hereditaria formada tras la muerte de doña María ….., casada con el socio de la compañía don ….., ha acreditado la legitimación exigida por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para ejercitar el derecho la verificación contable.

Sobre la legitimación del socio este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones, manteniendo que es suficiente, para entenderla acreditada, la aportación de un principio de prueba por escrito de dicha legitimación, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 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, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba, constituido por el Auto número 92/2012 del Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Córdoba, Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria General, número 547/2011, de fecha 27 de Noviembre de 2007, por el que se protocolizó el Testamento Ológrafo otorgado por doña ….. Dicho principio de prueba pretende ser desvirtuado por la sociedad en base a la copia de escritura de capitulaciones matrimoniales otorgadas el 21 de febrero de 1977 ante el notario de Córdoba, D. Santiago Echevarría Echevarría, el 21 de febrero de 2007, bajo el número 700 de su protocolo y, asimismo, por un certificado literal de matrimonio emitido por el Registro Civil de Córdoba.

Sobre estos medios aportados por la sociedad, se ha se señalar que para apreciar la validez y los efectos jurídicos de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges el 21 de febrero de 1977, con posterioridad a la celebración de su matrimonio el 27 de junio de 1952, se ha de acudir a la legislación vigente en 1977, constituida por el artículo 77 de la Ley del Registro Civil y por los artículos 1315, 1322, 1325 1433 del Código Civil, tras la reforma operada por la Ley 14/1975, vigente desde el 25 de mayo de 1975, que introdujo por primera vez en el derecho español la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales con posterioridad a la celebración del matrimonio, pudiendo pactar los cónyuges el régimen de separación de bienes y excluir, tras su disolución y posterior liquidación, el régimen legal entonces vigente de sociedad de gananciales. Pero, sin perjuicio de que para la validez de dichas capitulaciones fuera precisara escritura pública, la cual se otorgó por los cónyuges, como ya se ha dicho, el 21 de febrero de 1977, para que produjera efectos frente a terceros era y es precisa su inscripción en el Registro Civil, tal como resulta del artículo 1322 del CC y del artículo 77.1 y 2 de la Ley del Registro Civil.

Pues bien, en el caso presente, aún cuando existió una escritura pública de capitulaciones matrimoniales, su inscripción en el Registro Civil no se practicó hasta el 15 de octubre de 2001, según consta en la nota marginal a la inscripción literal del matrimonio y, por tanto, hasta esa fecha, a efectos de terceros relacionados económicamente con el matrimonio formado por don ….. y doña ….., el régimen económico era el de la sociedad de gananciales y no el de separación de bienes. Y, como quiera que la escritura de constitución de la entidad mercantil «García Marín e Hijos, S.A.» tuvo lugar el 28 de diciembre de 1990, autorizada por el notario de Córdoba, D. Carlos López Martínez de Septien y en ella comparece en su propio nombre y don ….., constando casado con doña ….., y en dicha escritura no se hizo mención alguna al régimen de separación de bienes, se ha de concluir que frente a terceros, incluido el notario autorizante y la

sociedad que en ese acto se constituyó, el régimen económico vigente era el de la sociedad de gananciales pues, si existió otro régimen económico éste no se hizo público hasta el año 2001.

En atención a lo expuesto, las alegaciones y medios probatorios aportados por la sociedad no han llegado a desvirtuar el principio de prueba de legitimación del solicitante exigido por este Centro Directivo para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas, al no llegar a probar que en el momento de constitución de la sociedad existiera entre don ….. y doña ….. el régimen de separación de bienes.

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 de participaciones sociales o acciones.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de don….., solicitante de la auditoría de cuentas contra la Resolución del Registrador Mercantil de Córdoba de 23 de abril de 2012 y declarar 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, 15 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Córdoba.

Resolución de 19 de marzo de 2013 (1.ª)

En el expediente 142/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Griferías Temporizadas, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 23 de febrero de 2012 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 22,5% del capital social de «Griferías Temporizadas, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011. Adjuntaba a su instancia escritura de manifestación y adjudicación de herencia.

II

La sociedad, a través de su representante, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, falta de legitimación de la solicitante, puesto que no es propietaria del 5% del capital social, sino solo copropietaria junto con otros herederos de 100 participaciones sociales, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El Registrador Mercantil número XII de Madrid, con fecha 24 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que según reiterada doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado, el Reglamento del Registro Mercantil no ha 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 solicitante aporta copia de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia de la que resulta que a ella se le adjudican en pleno dominio 1000 participaciones sociales de las que era titular el causante y, de la otra mitad, el usufructo vitalicio, correspondiendo la nuda propiedad a los herederos. La sociedad niega tal legitimación en base a la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital para el régimen de copropiedad de participaciones, conforme al cual los derechos del socio serán ejercitados por la persona que designen los copropietarios. Pues bien, acreditado en el expediente la titularidad del solicitante por la escritura de manifestación y adjudicación de herencia sobre más del 5% de capital social ha quedado también acreditada su legitimación para ejercitar el derecho a la verificación contable.

IV

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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 ajustada a derecho el fundamento de la resolución adoptada por el Registrador Mercantil de Madrid. En efecto, la solicitante ha aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación mediante la escritura de manifestación y adjudicación de herencia de la que resulta que es titular del pleno dominio de 500 participaciones sociales, representativas de más del 5% del capital social y, además, es titular del usufructo vitalicio de las otras 500 participaciones sociales, cuya nuda propiedad corresponde a los herederos, luego ha quedado ampliamente acreditada su legitimación para solicitar y obtener el nombramiento de auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

La sociedad, por su parte, no ha aportado prueba alguna que desvirtúe dicha legitimación, puesto que, en primer lugar, es evidente que por sí misma y tras la división de la sociedad de gananciales, ostenta una cifra de capital suficiente para solicitar la auditoría de cuentas, tal como se deduce de la citada escritura de manifestación y adjudicación de herencia y, en segundo lugar, como parte de la comunidad hereditaria formada por los herederos de don ….., puede realizar cualquier acto de administración y gestión de los bienes comunes, dado que ésta es la naturaleza que tiene el acto de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., representante de «Griferías Temporizadas, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil número XII de Barcelona de 24 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, 19 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XII de Barcelona.

Resolución de 19 de marzo de 2013 (2.ª)

En el expediente 144/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pago de Almaraes, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Granada el 30 de marzo de 2012 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 «Pago de Almaraes, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través del Presidente y Consejero Delegado del Consejo de Administración, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que siempre se ha facilitado al solicitante toda la documentación fiscal y contable, sin que éste haya hecho uso de su derecho de información. 2.º) Que la sociedad carece de liquidez para hacer frente al elevado costo que supone una auditoría de cuentas. 3.º) Que el Sr. ….., es el único socio que está incumpliendo sus deberes con la sociedad, actuando en contra de sus intereses y causándole gastos que se podrían evitar.

III

El Registrador Mercantil de Granada, con fecha 23 de abril de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, con independencia de que la sociedad nunca haya negado información al solicitante, el derecho que tienen los socios a solicitar auditor de cuentas 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 que, aunque complementarios, resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. En cuanto a las intenciones que haya podido tener el solicitante, 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, 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.* artículo 1902 del Código Civil). Por último, respecto a la mala situación económica de la sociedad y el gran quebranto económico que la auditoría provocaría, no pueden enervar la pretensión del solicitante, pues el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es taxativo –sin que quepa margen interpretativo alguno– tanto al fijar las condiciones para su ejercicio como al disponer que los gastos que origina la auditoría han de correr a cargo 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 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 esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Por lo que se refiere al derecho de información que ostenta el socio minoritario y que, según lo manifestado por la sociedad, nunca ejercitó, cabe señalar que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Frente a la alegación que cuestiona la buena fe del solicitante por el hecho de entender necesaria la auditoría, se ha de recordar a la sociedad 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 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.* artículos 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 el motivo de oposición relativo a las dificultades económicas y a la falta d liquidez de la sociedad para costear los

gastos de la auditoría, tampoco puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Como ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., del Presidente y Consejero Delegado del Consejo de Administración de «Pago de Almaraes, S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Granada el 23 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, 19 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Granada.

Resolución de 20 de marzo de 2013

En el expediente 143/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Lunar New Media, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Open Mind Grupo San Pancracio, S.L.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 14 de marzo 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 «Lunar New Media, 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: 1.º) Que la obligación de auditar las cuentas anuales deriva para la sociedad del contrato de préstamo suscrito con la «Empresa Nacional de Innovación, S.A.» y el «Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial» debiendo de constar dicho nombramiento con el consentimiento de las entidades prestamistas. 2.º) Que por ello se nombró auditor de cuentas a la entidad auditora «Abauding Auditores, S.L.P.» el 25 de marzo de 2010, nombramiento vigente hasta el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. 3.º) Que la Junta general tiene competencia para revocar la prórroga tácita del contrato de auditoría.

III

El Registrador Mercantil número XI de Barcelona, con fecha 4 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar, como primera cuestión de carácter formal que, aún cuando el escrito de oposición se presentó fuera del plazo de cinco días previsto reglamentariamente, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ello no puede comportar la inadmisión, por ser para la sociedad una facultad o derecho y no una carga y, por consiguiente, el Registrador debe resolver el fondo del asunto. Sobre la auditoría voluntaria, alegada por la sociedad, mantuvo que en el nombramiento de auditor de cuentas 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 supuesto que nos ocupa, ninguna de las condiciones aparecen cumplidas: el nombramiento voluntario efectuado por la sociedad, no puede considerarse previo a la solicitud, ya que aunque inicialmente se manifiesta que se suscribió un contrato de prestación de servicios (se ha aportado un borrador del mismo suscrito únicamente por una de las partes) lo cierto es que el nombramiento alegado no se adecúa a lo establecido por el artículo 1.227 del Código Civil, al haberse aportado al expediente junto al escrito de oposición en fecha 29 de marzo de 2012, motivo por el que no puede considerarse previo a la solicitud –de 14 de marzo de 2012–; y además tampoco aparece cumplida la segunda de las condiciones requeridas a fin de que pueda entenderse enervado el derecho del socio instante del presente expediente al no constar registralmente ni el nombramiento del auditor ni la prorroga tácita alegada ni haberse acreditado la existencia del informe (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 21 de enero de 2008,22 de octubre de 2009 y 24 de junio de 2010, entre otras). En cuanto a las motivaciones del solicitante de la auditoría debe precisarse que existe abundantísima doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalando 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 (artículo 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 sólo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (artículo 1.902 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). En lo relativo a los gastos que ocasionaría el nombramiento de auditor solicitado, tan solo señalar que si se resuelve que la verificación de las cuentas anuales compete realizarla al auditor designado por el Registrador Mercantil, los gastos serán a cargo de la sociedad, según señala expresamente el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 26 de noviembre de 2009, 23 de abril y 17 de diciembre 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 que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que el socio nunca puede tener la condición de tercero en su relación con 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 La primera cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 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, el nombramiento voluntario efectuado por la sociedad, no puede considerarse previo a la solicitud de la minoría, ya que lo cierto es que la primera fecha fehaciente que consta en los documentos presentados por la sociedad es la del escrito de oposición el 29 de marzo de 2012 y, por tanto, es posterior a la fecha de presentación de la solicitud en el Registro Mercantil el 14 de marzo de 2012, siendo importante señalar que, en contra de lo que entiende la sociedad recurrente, en este concreto procedimiento el solicitante de la auditoría y socio minoritario sí tiene la condición de tercero puesto que pretende ejercitar un derecho que la ley le reconoce, aún contra la oposición de la sociedad, como lo demuestra la interposición del presente recurso. Asimismo, como mantuvo el Registrador Mercantil número XI de Barcelona, la sociedad no ha cumplido la segunda de las condiciones requeridas a fin de que pueda entenderse enervado el derecho del socio solicitante, al no constar registralmente ni el nombramiento del auditor ni la prorroga tácita alegada ni haberse acreditado la existencia del informe de auditoría.

2.º Tampoco puede prosperar las alegaciones que cuestionan las motivaciones de la entidad mercantil solicitante, pues como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General de los Registros y del Notariado señalando 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 (artículo 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 sólo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados (*cfr.* art. 1.902 del Código Civil).

3.º Finalmente, 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 205.2 de la ley de Sociedades anónimas dispone taxativamente –sin dejar margen interpretativo alguno– que los gastos que la auditoría comporta corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., en nombre y representación de «Lunar New Media, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XI de Barcelona el 4 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, 20 de marzo 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 21 de marzo de 2013

En el expediente 145/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Grupo Nexel, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 30 de marzo de 2012 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 «Grupo Nexel, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ….. y don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la sociedad no está obligada por ley a la veri-

ficación contable. 2.º) Que a pesar de lo anterior, la Junta General de socios celebrada el 8 de agosto de 2011, nombró auditor de cuentas a la empresa «Zyma Auditores, S.L.P.», inscrita en el ROAC para la realización de una auditoría para los ejercicios 2011, 2012 y 2013. 3.º) Que tras la última ampliación de capital acordada, no suscrita por el solicitante, su participación quedó reducida al 8'6% de capital social.

III

El Registrador Mercantil número XIV de Madrid, con fecha 3 de mayo de 2012, acordó estimar la solicitud presentada por la minoría. Tras señalar que el 24 d abril de 2012 se presentó en el Registro Mercantil, por vía telemática, la escritura autorizada por el notario de Madrid, D. Federico Garyalde Niño, el 23 de abril de 2012, bajo el número 752 de su protocolo, por la que se elevó a público el acuerdo social de nombramiento de auditor de cuentas, alegado por la sociedad, mantuvo que, en cuanto a la manifestación de que es una sociedad no obligada a auditar sus cuentas, cabe señalar únicamente que éste es precisamente el supuesto que contempla el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, las sociedades no obligadas pasan a estarlo cuando lo solicitan socios que reúnen al menos, el cinco por ciento del capital social. En cuanto a la existencia de un auditor voluntario nombrado por la sociedad, señaló que si bien es verdad que la existencia de una auditoría enerva el derecho del socio minoritario, dicha circunstancia ha de probarse por parte de la sociedad, pues de lo contrario se vería defraudado el derecho del socio. En este punto, y según doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado siendo la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital facilitar a los socios minoritarios una información veraz de la situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participa, mediante el correspondiente informe de auditoría realizado por un experto independiente, no frustra la finalidad del precepto el origen del nombramiento –Juez, Registrador Mercantil u órganos sociales–, pues la independencia y objetividad del auditor quedan garantizadas por las propias normas legales y reglamentarias que regulan la actividad de auditoría. Ahora bien, según se ha pronunciado en innumerables ocasiones la propia Dirección General «siempre se ha exigido que dicho nombramiento satisfaga una doble condición: *a)* Que se haya contratado con anterioridad a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil; y *b)* Que se garantice ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicho informe, lo cual solo puede obtenerse mediante la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, o mediante la incorporación del informe de auditoría al expediente o bien mediante su puesta a disposición del socio». En el presente caso, con el escrito de oposición se ha aportado copia del acta de la Junta General celebrada el día 8 de agosto de 2011 y el escrito de aceptación de los auditores fechado el día 20 de diciembre de 2011, igualmente se acompaña copia del justificante de un envío de burofax remitido por la sociedad a la propia sociedad y un justificante de pago de burofax que no garantiza el envío al solicitante del acta de la Junta relacionada, tal y como se dice en el escrito de oposición. Todos los documentos aportados carecen de fecha fehaciente, por lo que no puede considerarse aportada por la sociedad prueba documental que acredite el nombramiento de auditor y posterior aceptación del mismo. Pues bien, entrando a valorar si con la documentación presentada para su inscripción el día 24 de abril puede quedar enervado el derecho del socio, se ha de concluir que de dicha documentación tampoco resulta acreditado que el acuerdo social de nombramiento de auditor de cuentas fuera adoptado con anterioridad a la entrada de la solicitud, la certificación del acta de la Junta que consta incorporada a la escritura pública esta expedida el día 8 de agosto de 2011 pero no es hasta el otorgamiento de la escritura, el día 23 de abril de 2012 cuando el notario autorizante legitima la firma de los administradores. Igualmente, el escrito incorporado aceptando el nombramiento los audito-

res designados, está fechado el día 20 de diciembre de 2011 pero la firma del mismo se diligencia el 18 de abril de 2012. Por tanto, en aplicación del artículo 1227 del Código Civil que dispoae 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 la primera fecha fehaciente de los documentos aportados es la de legitimación notarial de las firmas de los mismos, no puede entenderse acreditado que el nombramiento de auditor de cuentas fuera previo a la entrada de la solicitud en el Registro. 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 la inscripción o no del nombramiento de auditor de cuentas llevado a cabo por la sociedad o que se garantice la puesta a disposición del socio del informe de auditoría, pues dicho nombramiento no enerva el derecho del socio. El Registrador Mercantil de Madrid, concluyó su acuerdo manteniendo que resulta irrelevante en la resolución del expediente que sea cierto o no, que tras la ampliación de capital acordada el porcentaje actual del solicitante no corresponda con el alegado en la solicitud; primero, porque en el momento de presentarse la solicitud no figuraba inscrita ni pendiente de inscribir ampliación de capital alguna y, segundo, porque el porcentaje del solicitante seguiría excediendo del 5% que la ley exige para instar el nombramiento registral 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, manteniendo las alegaciones aducidas en su escrito de oposición y que, en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia y añadiendo que que el Registrador yerra cuando mantiene que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas no tiene fecha cierta frente a terceros, puesto que al solicitante de la auditoría se le envió un burofax, el 30 de diciembre de 2011, con el acta de la Junta general en la que se acordó el nombramiento de auditor de cuentas para los ejercicios 2011, 2012, 2013. Nuestros tribunales han declarado de forma tajante que el burofax permite asegurar la fehaciencia de la notificación.

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 las de 15 de abril y 5 de julio de 2010.

1.º Procede confirmar en esta resolución, todos y cada uno de los fundamentos del acuerdo dictado por el Registrador Mercantil de Madrid que no hace sino reiterar la doctrina sentada por este Centro Directivo. En efecto, las sociedades que, en principio, no están obligadas a presentar sus cuentas anuales adjuntando con ellas el informe del auditor de cuentas, pasan a estarlo

cuando lo solicita un socio/s que reúna las condiciones de capital y tiempo exigidas por el 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2.º Sobre la auditoría voluntaria que la sociedad alegó y las posibilidades de ésta para enervar el derecho del peticionario, baste indicar que, en contra de lo que la sociedad mantiene en su escrito de interposición del recurso, no basta con probar fehacientemente la fecha del nombramiento, en este caso, el acta de la Junta General de socios celebrada el 8 de agosto de 2011, remitida por burofax al solicitante el 30 de diciembre de 2011, sino que, además, es preciso probar fehacientemente que fue aceptado por la empresa auditora, antes de la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil.

En el caso presente, la copia certificada de imposición de burofax de 30 de diciembre de 2011, adjunta al escrito de interposición del recurso, solo contiene el acta de la Junta General, pero con ella no se incorporó el documento privado en el que el representante de la firma auditora aceptó el encargo de auditoría. Como quiera que los contratos solo se perfeccionan cuando concurren la oferta y la aceptación de las partes y, en este expediente, solo se prueba fehacientemente la fecha de la oferta de la sociedad, se ha de concluir que, al menos en este ejercicio 2011, la auditoría voluntaria no puede enerva el derecho del solicitante *(cfr.* artículo 1262 del Código Civil).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….. y don ….., administradores mancomunados de «Grupo Nexel, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número XIV de Madrid el 3 de mayo 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, 21 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIV de Madrid.

Resolución de 22 de marzo de 2013

En el expediente 147/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Fomento de Equipamentos Inmobiliarios S.L.».

HECHOS

I

Don …., en su condición de administrador único de la entidad mercantil «Construcciones Oteyp, S.A.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 5 de marzo de 2012 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 sociales equivalentes al 33'33% del capital social de «Fomento de Equipamientos Inmobiliarios, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad por correo certificado con acuse de recibo, ésta no presentó oposición al nombramiento solicitado por la minoría del capital.

III

El Registrador Mercantil número V de Madrid, con fecha 8 de mayo de 2012, acordó estimar la solicitud de la minoría, dado que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos. Mantuvo que, al no presentar oposición la sociedad afectada por la solicitud, una vez transcurrido el plazo para ello, procede la designación de auditor de cuentas, la cual recayó en don …

IV

Por escrito de 20 de marzo de 2012, con entrada en el Registro Mercantil de Madrid el 18 de mayo de 2012, la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, «Construcciones Oteyp, S.A.», a través de su administrador único, don …..., desistió de la anterior solicitud de auditoría de cuentas del ejercicio 2011, interesando, asimismo, el archivo del expediente.

V

El Registrador Mercantil de Madrid, con fecha de 21 de mayo de 2012, se declaró incompetente para aceptar el desistimiento del solicitante de la auditoría de cuentas, por tratarse de un expediente resuelto por él.

VI

Contra dicha resolución don ….., en su condición de administrador único de la entidad mercantil «Fomento de Equipamientos Inmobiliarios, S.L.» interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ente esta Dirección General, solicitando la aceptación del desistimiento presentado por la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91 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 el desistimiento presentado y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor instado don….., en su condición de administrador único de la entidad mercantil «Construcciones Oteyp, S.A.» para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2011 de «Fomento de Equipamientos Inmobiliarios, 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, 22 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número V de Madrid.

Resolución de 25 de marzo de 2013 (1.ª)

En el expediente 97/2012, sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Reba 1500, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lleida el 26 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 2605.2 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 2011.

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 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 16 de abril de 2012, 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 –artículo 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) Es indiferente la expresión de la causa de la solicitud pues esta es siempre y típicamente la misma. 3.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. 4.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 s sienta perjudicado podrá acudir a la vía judicial civil para exigir la reparación de los perjuicios ocasionados.

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 instancias aportara documento acreditativo alguno.

V

Finalmente, el 13 de noviembre de 2012 tuvo entrada en el Registro Mercantil de Lleida un escrito de la solicitante de la auditoría de cuentas, Doña María Astrid notario, renunciando a su solicitud de auditoría de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento de la solicitante de la auditoría de cuentas y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia para auditar las cuentas anuales del ejercicio 2011 para la sociedad «Reba 1500, 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, 25 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Lleida.

Resolución de 25 marzo de 2013 (2.ª)

En el expediente 146/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sagna, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, en nombre y representación de la entidad mercantil «Duet Barcelona, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 29 de marzo de 2012 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 30% del capital social de «Sagna, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de doña ….., representante de «OA-UM Holding, S.L.» y doña ….., representante de la mercantil «Saurina Pallarol, S.L.», actuando ambas compañías en calidad de administradoras mancomunadas de la sociedad, se opuso a dicha solicitud, alegando, en síntesis: 1.º) Que la entidad mercantil solicitante ha ejercido con plenitud el cargo de administrador mancomunado de la sociedad «Sagna, S.L.». Tanto esa sociedad como su administrador conocen perfectamente los estados contables-financieros de la compañía, por lo que no está legitimado para realizar la solicitud de nombramiento de auditor. 2.º) Que debido a que la situación actual de «Sagna, S.L.», con unas pérdidas que en el 2010 ascendieron a 362.612,83 euros, no se puede ni debe permitir el hacer frente a los gastos que supondrían los honorarios de un auditor, por lo que no se debería proponer o motivar gastos superfluos y aún menos se debería conceder a personas involucradas en la gestión de la sociedad, como es «Duet Barcelona, S.L.» y el propio Sr. Molins, promuevan el desembolso de gastos totalmente innecesarios como el presente nombramiento de un auditor. 3.º) Que ha el solicitante tenido siempre a su disposición, como socio y administrador, cualquier documentación y acceso a la información de las cuentas de 2011 y siempre que lo ha requerido se le ha informado al respecto; además se considera que el derecho de solicitar el nombramiento de un auditor se debe ejercitar por y para las partes que se consideren minoritarias, que no es el caso de «Duet Barcelona, S.L.», la cual cuenta con un 25,85% del capital social y es administrador activo de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil número XVI de Barcelona, con fecha 18 de abril de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que la compañía solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que la representación social alega que la mercantil solicitante «Duet Barcelona, S.L.» y el administrador de la misma, don ….., han ejercido con plenitud el cargo de administrador mancomunado de la sociedad «Sagna, S.L.», conociendo perfectamente los estados contables-financieros de la compañía, por lo que no está legitimado para la presente solicitud de auditor. Cabe indicar, al respecto, 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 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. Sin embargo, en el presente supuesto ha quedado probado por los datos que constan del Registro que la mercantil «Duet Barcelona, S.L.» es, junto con las sociedades «OA-UM Holding, S.L.» y «Saurina Pallarol, S.L.», administrador mancomunado de la sociedad afectada y, en consecuencia, «Duet Barcelona, S.L.» no pudo contratar por si mismo un auditor de cuentas estando, por tanto, plenamente legitimado por su condición de socio para el ejercicio de este derecho (pueden verse en este sentido las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 27 de febrero de 2009,11 de mayo y 26 de agosto de 2010, entre otras). En cuanto a la manifestación de la sociedad de que tiene conocimiento de los estados contables de la misma; habiendo tenido siempre a su disposición, como socio y administrador, cualquier documentación y acceso a la información de las cuentas de 2011 y siempre que lo ha requerido se le ha informado al respecto; hay que señalar que, que 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 26S.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. Respecto a la consideración de la oponente relativa a que el derecho de solicitar el nombramiento de un auditor se debe ejercitar por y para las partes que se consideren minoritarias, que no es el caso de «Duet Barcelona, S.L.», la cual cuenta con un 30% del capital social y es administrador activo de la sociedad, solo cabe decir que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece el requisito de legitimación y tiempo para solicitar el nombramiento registral de auditor, exigiendo que quien o quienes lo solicitan reúnan al menos el 5% de capital social sin que en modo alguno, excluya solicitudes formuladas por quiénes reúnan porcentajes de capital superiores. En consecuencia, no se exige que el solicitante sea minoritario, sino que reúna, al menos, el 5% del capital social. Por último, en cuanto a la alegación relativa a la imposibilidad de asumir los costes de la auditoría por parte de la sociedad «Sagna, S.L.» debido a la actual situación económica en que se encuentra, hay que señalar, que el promotor del presente expediente ha optado por ejercer el derecho que le concede el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y lo que el legislador ha querido, y así lo señala expresamente el citado artículo 265.2, sin que quepa margen interpretativo alguno, es 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).

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadieron: 1.º) Que no debe utilizarse la letra de la ley para ir en contra de su espíritu y, en el caso presente, ni la entidad mercantil es socia minoritaria ni desconoce la situación de la sociedad. 2.º) Que el solicitante de la auditoría no ha actuado de buena fe al solicitar el nombramiento de auditor 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 No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la primera cuestión plateada en el escrito de oposición, cabe recordar la doctrina mantenida por este Centro Directivo, 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 –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.

2.º Sobre la alegación que cuestiona el derecho del solicitante por tener conocimiento exacto y puntual de la situación de la sociedad, como indicó el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido, 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 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 Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe de la solicitante, por el hecho de entender necesaria la auditoría pues, como ha mantenido este Centro Directivo, el limitado ámbito de conocimiento que el Reglamento del Registro Mercantil atribuye 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.* artículos 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, se ha de rechazar el motivo de oposición relativo a las dificultades económicas de la sociedad para costear los gastos de la auditoría, puesto 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 del socio minoritario a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., representante de «OA-UM Holding, S.L.» y doña ……, representante de la mercantil «Saurina Pallarol, S.L.», actuando ambas compañías en calidad de administradoras mancomunadas de «Sagna, S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número XVI de Madrid 18 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, 25 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XVI Barcelona.

Resolución de 25 de marzo de 2013 (3.ª)

En el expediente 148/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Distribuidora Alimentaria de Productos Andinos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante, el 27 de marzo 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 «Distribuidora Alimentaria de Productos Andinos, 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, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, falta de legitimación del solicitante, dado que si bien es cierto que adquirió 242.416 participaciones sociales mediante escritura pública de 12 de agosto de 2009, no obstante incumplió su obligación de pago asumida en la escritura púbica que documentó la referida compraventa. Ante dicho incumplimiento la sociedad requirió en reiteradas ocasiones el pago del precio, la última de ellas el 15 de marzo de 2012, advirtiéndole de las consecuencias que acarrea el impago, conforme a lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil. Por tanto no es propietario de las participaciones sociales que alegó en su instancia.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, el 23 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud, por entender que el peticionario aportó un principio de prueba, sin que la sociedad haya aportado documento probatorio alguno que desvirtúe dicha titularidad, pues no basta la mera alegación. El requerimiento de pago y de resolución del contrato no resuelve por sí solo el contrato de compraventa, siendo precisa una resolución judicial que declare bien realizada la resolución o, por el contrario, no ajustada a derecho, según resulta del artículo 1124 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 6 de octubre de 1967 y 5 de julio de 1971).

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, básicamente, los argumentos aducidos en su escrito de oposición que en consecuencia se dan por reproducidos en la presente instancia, sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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 autorizada el 12 de agosto de 2009 por el notario de Madrid, D. Rafael Ferrer Molina, bajo el número 1665 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 de 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 negar tal legitimación sin aportar más que el requerimiento de pago al comprador y la advertencia de resolución del contrato.

Al no haber sido demandada judicialmente la resolución del título traslativo de dominio de las participaciones sociales, con anterioridad a la fecha de presentación de la instancia en el Registro Mercantil, el 27 de marzo de 2012, no se llegó a dilucidar en sede judicial si el solicitante de la auditoría continúa siendo o no el propietario de las participaciones sociales que alegó en su instancia y que le legitiman para ejercitar el derecho.

Por último indicar, que este Centro Directivo carece de competencia para pronunciarse sobre las cuestiones alegadas por el recurrente por ser ajenas a este procedimiento de nombramiento registral de auditor y porque, al versar sobre cuestiones que pueden acarrear la resolución del contrato de compraventa, su conocimiento está atribuido a jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil (Cf. artículo 84 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 45 de la Ley 1/2000, de 20 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don….., en nombre y representación de «Distribuidora Alimentaria de Productos Andinos, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Alicante el 23 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, 25 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 25 de marzo de 2013 (4.ª)

En el expediente 150/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Duvalais Invest, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Duet Barcelona, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 29 de marzo de 2012 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 25'85% del capital social de «Duvalais Invest, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de doña ….., representante de «OA-UM Holding, S.L.» y doña …..., representante de la mercantil «Saurina Pallarol, S.L.», actuando ambas compañías en calidad de administradoras mancomunadas de la sociedad, se opuso a dicha solicitud, alegando, en síntesis: 1.º) Que la entidad mercantil solicitante ha ejercido con plenitud el cargo de administrador mancomunado de la sociedad «Duvalais, S.L.». Tanto esa sociedad como su administrador conocen perfectamente los estados contables-financieros de la compañía, por lo que no está legitimado para realizar la solicitud de nombramiento de auditor. 2.º) Que debido a que la situación actual de «Duvalais, S.L.», con importantes pérdidas en el 2010, no se puede ni debe permitir el hacer frente a los gastos que supondrían los honorarios de un auditor, por lo que no se debería proponer o motivar gastos superfluos y aún menos se debería conceder que personas involucradas en la gestión de la sociedad, como es «Duet Barcelona, S.L.» y el propio Sr. ….., promuevan el desembolso de gastos totalmente innecesarios como el presente nombramiento de un auditor. 3.º) Que ha el solicitante tenido siempre a su disposición, como socio y administrador, cualquier documentación y acceso a la información de las cuentas de 2011 y siempre que lo ha requerido se le ha informado al respecto; además se considera que el derecho de solicitar el nombramiento de un auditor se debe ejercitar por y para las partes que se consideren minoritarias, que no es el caso de «Duet Barcelona, S.L.», la cual cuenta con un 25,85% del capital social y es administrador activo de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil número XV de Barcelona, con fecha 18 de abril de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que la compañía solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que la representación social alega que la mercantil solicitante «Duet Barcelona, S.L.» y el administrador de la misma, don ….., han ejercido con plenitud el cargo de administrador mancomunado de la sociedad «Duvalais, S.L.», conociendo perfectamente los estados

contables-financieros de la compañía, por lo que no está legitimado para la presente solicitud de auditor. Cabe indicar, al respecto, 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 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. Sin embargo, en el presente supuesto ha quedado probado por los datos que constan del Registro que la mercantil «Duet Barcelona, S.L.» es, junto con las sociedades «OA-UM Holding, S.L.» y «Saurina Pallarol, S.L.», administrador mancomunado de la sociedad afectada y, en consecuencia, «DUET Barcelona, S.L.» no pudo contratar por si mismo un auditor de cuentas estando, por tanto, plenamente legitimado por su condición de socio para el ejercicio de este derecho (pueden verse en este sentido las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 27 de febrero de 2009,11 de mayo y 26 de agosto de 2010, entre otras). En cuanto a la manifestación de la sociedad de que tiene conocimiento de los estados contables de la misma; habiendo tenido siempre a su disposición, como socio y administrador, cualquier documentación y acceso a la información de las cuentas de 2011 y siempre que lo ha requerido se le ha informado al respecto; hay que señalar que, que 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 26S.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. Respecto a la consideración de la oponente relativa a que el derecho de solicitar el nombramiento de un auditor se debe ejercitar por y para las partes que se consideren minoritarias, que no es el caso de «Duet Barcelona, S.L.», la cual cuenta con un 30% del capital social y es administrador activo de la sociedad, solo cabe decir que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece el requisito de legitimación y tiempo para solicitar el nombramiento registral de auditor, exigiendo que quien o quienes lo solicitan reúnan al menos el 5% de capital social sin que en modo alguno, excluya solicitudes formuladas por quiénes reúnan porcentajes de capital superiores. En consecuencia, no se exige que el solicitante sea minoritario, sino que reúna, al menos, el 5% del capital social. Por último, en cuanto a la alegación relativa a la imposibilidad de asumir los costes de la auditoría por parte de la sociedad «Sagna, S.L.» debido a la actual situación económica en que se encuentra, hay que señalar, que el promotor del presente expediente ha optado por ejercer el derecho que le concede el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y lo que el legislador ha querido, y así lo señala expresamente el citado artículo 265.2, sin que quepa margen interpretativo alguno, es 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).

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadieron: 1.º) Que no debe utilizarse la letra de la ley para ir en contra de su espíritu y, en el caso presente, ni la entidad mercantil es socia minoritaria ni desconoce la situación de la sociedad. 2.º) Que el solicitante de la auditoría no ha actuado de buena fe al solicitar el nombramiento de auditor 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, 3 de mayo de 2009, 11 de mayo, 26 de agosto y 6 de octubre de 2010.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la primera cuestión plateada en el escrito de oposición, cabe recordar la doctrina mantenida por este Centro Directivo, 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 –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.

2.º Sobre la alegación que cuestiona el derecho del solicitante por tener conocimiento exacto y puntual de la situación de la sociedad, como indicó el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido, 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 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 Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe de la entidad mercantil solicitante, por el hecho de entender necesaria la auditoría pues, como ha mantenido este Centro Directivo, el limitado ámbito de conocimiento que el Reglamento del Registro Mercantil atribuye 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.* artículos 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, se ha de rechazar el motivo de oposición relativo a las dificultades económicas de la sociedad para costear los gastos de la auditoría, puesto 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 del socio minoritario a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por Doña Cristina Ubach Oliver, representante de «OA-UM Holding, S.L.» y doña ….., representante de la mercantil «Saurina Pallarol, S.L.», actuando ambas compañías en calidad de administradoras mancomunadas de «Duvalais Invest, S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número XV de Madrid 18 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, 25 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XV de Barcelona.

Resolución de 25 de marzo de 2013 (5.ª)

En el expediente 154/2012, sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Belled Crespo Turón, S.L.

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Zaragoza el 23 de marzo 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 del 5% del capital social de «Belled Crespo Turón, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) don ….. ha acudido al Registro Mercantil a solicitar una auditoría en un claro fraude ley como vamos a acreditar en este escrito y a sabiendas de que la sociedad. no tiene actividad y conociendo perfectamente la marcha y desarrollo de la empresa. En efecto, el Sr. ….. ha sido y es todavía apoderado de la sociedad, con firma autorizada en las entidades bancarias en las que la compañía tenía cuenta. Acompaño como documento UNO la documentación de La Caixa y como documento DOS la documentación de la CAÍ que acredita lo señalado. 2.º) Que comunicó a la sociedad su decisión de no trabajar más en la empresa, por lo que se le hizo la oportuna liquidación que cobró y con la que se mostró conforme.

III

El Registrador Mercantil de Zaragoza, con fecha 19 de abril de 2012, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. Entendió que no es motivo en virtud del cual pueda prosperar la oposición al nombramiento de auditor 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 265 de la Ley de Sociedades de Capital. Como señaló la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de octubre de 1991. Tampoco es causa en virtud del cual pueda prosperar la oposición al nombramiento de auditor los motivos que se atribuyen al solicitante para realizar su petición, ni la certeza de sus manifestaciones, dados los claros términos en que se manifiesta el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital. En relación con la posible alegación, como causa de oposición al nombramiento de un pretendido abuso del derecho, cabe señalar que las Resoluciones de la Dirección General de los Registro y del Notariado de 24 de abril de 2000 y de 3 de marzo de 2003 mantuvo que: «Tampoco sirve para desvirtuar la decisión registral la advocación del artículo 7 del Código Civil, invocando la falta de legitimación del socio por abuso de derecho, derivado de su ejercicio con mala fe, puesto que existe también ya abundantísima doctrina de este imposible examinar 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 esas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe y no ampara, por el contrario, el abuso del 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 sólo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil *(cfr.* artículo 2002 del Código Civil) para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. Como ha puesto de manifiesto reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado la ratio del art. 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 art. 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 art. 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 art. 350 del mismo cuerpo legal que queda enlazado con otro supuesto que es el del art. 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, completamente diferente al número 2. Con ello se determina, el no poderse aceptar que el motivo de la solicitante en su instancia, es causa para oponerse al nombramiento de auditor».

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 s aportara documento acreditativo alguno.

V

Finalmente, el 11 de julio de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un escrito del solicitante de la auditoría de cuentas, don ….., desistiendo de su solicitud de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento del solicitante de la auditoría de cuentas don ….. y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia para auditar las cuentas anuales del ejercicio 2011 para la sociedad «Belled Crespo Turón, 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, 25 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Zaragoza.

Resolución de 25 de marzo de 2013 (6.ª)

En el expediente 156/2012, sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Nadine Industrial Servicios y Mantenimiento, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Zaragoza el 21 de marzo 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 del 5% del capital social de «Nadine Industrial Servicios y Mantenimiento, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) don ….. ha acudido al Registro Mercantil a solicitar una audito-

ría en un claro fraude ley y a sabiendas de que la sociedad no tiene actividad, conociendo perfectamente la marcha y desarrollo de la empresa. En efecto, el Sr. Belled ha sido y es todavía apoderado de la sociedad, con firma autorizada en las entidades bancarias en las que la compañía tenía cuenta. 2.º) Que el solicitante comunicó a la sociedad su dimisión y decisión de no trabajar más en la empresa, por lo que se le hizo la oportuna liquidación que cobró y con la que se mostró conforme. 3.º) Que con su solicitud está realizando un acto abusivo y contrario a derecho, dado que conoce perfectamente la situación de la empresa y su escasa actividad económica.

III

El Registrador Mercantil de Zaragoza, con fecha 19 de abril de 2012, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. Entendió que no es motivo en virtud del cual pueda prosperar la oposición al nombramiento de auditor 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 265 de la Ley de Sociedades de Capital. Como señaló la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de octubre de 1991. Tampoco es causa en virtud del cual pueda prosperar la oposición al nombramiento de auditor los motivos que se atribuyen al solicitante para realizar su petición, ni la certeza de sus manifestaciones, dados los claros términos en que se manifiesta el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital. En relación con la posible alegación, como causa de oposición al nombramiento de un pretendido abuso del derecho, cabe señalar que las Resoluciones de la Dirección General de los Registro y del Notariado de 24 de abril de 2000 y de 3 de marzo de 2003 mantuvo que: «Tampoco sirve para desvirtuar la decisión registral la advocación del artículo 7 del Código Civil, invocando la falta de legitimación del socio por abuso de derecho, derivado de su ejercicio con mala fe, puesto que existe también ya abundantísima doctrina de este imposible examinar 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 esas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe y no ampara, por el contrario, el abuso del 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 sólo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil *(cfr.* artículo 2002 del Código Civil) para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. Como ha puesto de manifiesto reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado la ratio del art. 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 art. 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 art. 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 art. 350 del mismo cuerpo legal que queda enlazado con otro supuesto que es el del art. 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, completamente diferente al número 2. Con ello se determina, el no poderse aceptar que el motivo de la solicitante en su instancia, es causa para oponerse al nombramiento de auditor.

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. Insistió en su argumento de que el solicitante estaba haciendo un uso abusivo del derecho que la ley le reconoce.

V

Finalmente, el 11 de julio de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un escrito del solicitante de la auditoría de cuentas, Don Luis Ángel Belled Beltrán, desistiendo de su solicitud de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento del solicitante de la auditoría de cuentas don ….., y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia para auditar las cuentas anuales del ejercicio 2011 para la sociedad «Nadine Industrial Servicios y Mantenimiento, 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, 25 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Zaragoza.

Resolución de 25 de marzo de 2013 (7.ª)

En el expediente 96/2012, sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Sociedad Limitada de Servicios Empresariales, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lleida el 26 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 2605.2 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.», «Sociedad Limitada de Servicios Empresariales, S.L.» y «Iberbrokers, S.L.» el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2011.

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 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 16 de abril de 2012, 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 –artículo 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) Es indiferente la expresión de la causa de la solicitud pues esta es siempre y típicamente la misma. 3.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. 4.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 s sienta perjudicado podrá acudir a la vía judicial civil para exigir la reparación de los perjuicios ocasionados.

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 ale-

gaciones 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 s 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, la de 21 de julio de 2010 y la de 18 de mayo de 2012.

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 –artículo 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 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.* artículo 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 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 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.* artículos 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, S.L.», contra las resolución dictada por la Registradora a Mercantil de Lleida el día 16 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, 25 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Lleida.

Resolución de 26 de marzo de 2013 (1.ª)

En el expediente 138/12 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Previges, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó un escrito en la Oficina de Correos el 29 de marzo de 2012 con entrada en el Registro Mercantil de Madrid el 2 de abril de 2012 solicitando, al amparo de

los artículos 265.2 de la ley de Sociedades d Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de 68 participaciones, representativas de más del 5% del capital social de la entidad mercantil «Previges, S.L.», la designación de un auditor para el examen de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través del Secretario del Consejo de Administración, don ….. y don …..., se opuso a dicha pretensión, alegando: Que la sociedad nombró auditor de cuentas en la Junta general de 25 de junio de 2010 a Don Julián Peñaranda, como auditor titular y a Don Fernando José Carvajal Hernández, como auditor suplente, constando debidamente inscritos en el Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil número IX de Madrid, con fecha 24 de abril de 2012, tras señalar que el socio minoritario reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, resolvió admitir la oposición de 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 recayó en el auditor de cuentas don ….. y como suplente en don ….. para verificar las cuentas anuales de los ejercicios 2010, 2011 y 2012 y fue inscrito en la hoja abierta a la sociedad –inscripción número 11.ª– el 24 de noviembre de 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: 1.º) Que con fecha de 22 de octubre de 2010 interpuso demanda de nulidad del acuerdo de nombramiento de auditor, adoptado en la Junta General de 25 de junio de 2010 ante el Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid. 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 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, la sociedad ha acreditado ambas condiciones, 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 29 de marzo de 2012. 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 «Previges, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número Ix de Madrid el 24 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, 26 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IX de Madrid.

Resolución de 26 de marzo de 2013 (2.ª)

En el expediente 153/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tecnolux 2007, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en la Oficina de Correos el 30 de marzo de 2012 dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra con entrada en dicho Registro el 2 de abril del mismo año 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 45% 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 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la instancia del socio minoritario es extemporánea, al haber sido presentada el 2 de abril de 2012. 2.º) Que no se ha realizado la convocatoria de la Junta General de la sociedad, una vez convocada ésta, el socio podrá revisar y examinar por sí o en unión de un experto las cuentas anuales formuladas. 3.º) Que en una sociedad que

no está obligada a auditarse es innecesario tener que acudir a gastos adicionales, antes de haber examinado las cuentas anuales.

III

El Registrador Mercantil de Pontevedra, con fecha 19 de abril de 2012, 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, 27 de abril de 2010 y 27 de junio de 2011.

1.º El presente recurso plantea una cuestión de carácter formal y es la relativa a la fecha de presentación de la instancia que debe tenerse en cuenta para examinar si el solicitante cumple o no el requisito temporal de los tres meses, exigido por el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 del Reglamento del Registro Mercantil. Debe indicarse al respecto que este procedimiento registral de nombramiento de auditor se encuentra regulado en el Título III –«Otras funciones del Registrador»– artículos 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, en todo lo no previsto en él, es de aplicación supletoria la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 38.4 regula la presentación indirecta de escritos y documentos de los interesados. Por tanto, debe tenerse en cuenta la fecha de presentación en la Oficina de

Correos, en vez de la fecha de entrada de la instancia en el Registro Mercantil de Madrid, el 2 de abril de 2012 y, a la vista de la copia del certificado emitido por la Oficina de Correos, se ha de concluir que el solicitante presentó su instancia el 30 de marzo de 2012, es decir, dentro del plazo legal y reglamentariamente exigido.

2.º Tampoco pueden prosperar, frente al fundamento de la resolución recurrida, las restantes 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, 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 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.

3.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 éste último pretende un informe de las cuentas anuales realizado por un profesional independiente (Cf. artículos 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).

4.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 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 «Tecnolux 2007, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Pontevedra el 19 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, 26 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 26 de marzo de 2013 (3.ª)

En el expediente 151/2010 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Europea de Gruas-Eurogruas, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 26 de marzo 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 «Europea de Gruas-Eurogruas, 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 existe un evidente conflicto entre el socio solicitante y el resto de socios que conforman la totalidad del capital social, cuyas diferencias motivaron la presencia de notario en la celebración de la última Junta General de socios del pasado 29 de junio de 2011. Con la única finalidad de asegurar la máxima transparencia en la gestión

social y evitar cualquier conflicto, a pesar de que la sociedad no está obligada a la verificación de sus cuentas, el Administrador de la misma adoptó la decisión de auditar las cuentas del ejercicio 2011, formalizando en fecha 15 de diciembre de 2011, el encargo de los servicios profesionales de «Despatx D'auditoría Martínez Ribas, S.L.», cuyos trabajos de auditoría ya se han iniciado, con el fin de poder remitir el informe a todos los socios junto con la convocatoria de la Junta General en la que deban aprobarse las cuentas y la gestión del ejercicio anterior. 2.º) Que el socio solicitante obtendrá la plena satisfacción de su interes cuando el informe de auditoría esté concluido. Adjuntó escrito de fecha 12 de Diciembre de 2011, suscrito por don ….., en su calidad de Administrador de la mercantil «Europea de Gruas-Eurogruas, S1T.», y dirigido a la atención de don ….., en representación de «DEspatx D'auditoría Martínez Ribas, S.L.», solicitando la remisión de un presupuesto para la realización de la auditoría de las cuentas de 2011 de la sociedad «Europea de Gruas-Eurogruas, S.L. y propuesta de servicios profesionales para la realización de la auditoría de las cuentas anuales de la sociedad, firmado por el representante de la firma auditora.

III

El Registrador Mercantil número VI de Barcelona, con fecha 17 de abril de 2012, 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. 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 1.227 del Código Civil que el nombramiento voluntario fue hecho con anterioridad a la solicitud del socio minoritario, 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 supuesto que nos ocupa, ninguna de las condiciones aparecen cumplidas: Por un lado, el nombramiento voluntario efectuado, no puede considerarse previo a la solicitud, ya que aunque inicialmente se ha formalizando el encargo de los servicios profesionales de «Despatx D'auditorla Martínez Ribas, S.L.», para verificar las cuentas del ejercicio 2011 de la sociedad, lo cierto es que dicho nombramiento no se adecúa a lo establecido por el artículo 1.227 del Código Civil: la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros– y en este caso la mercantil solicitante lo es– sino desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio», y consta en el expediente que copia de los mencionados documentos no tuvieron acceso al Registro hasta el día 11 de abril de 2012, y, por tanto, con posterioridad a la solicitud de fecha 26 de marzo de 2012. Tampoco aparece cumplida la segunda de las condiciones requeridas a fin de que pueda entenderse enervado el derecho del referido socio toda vez que no se ha garantizado ineludiblemente al mismo la existencia de la auditoría por ninguno de los medios señalados. En cuanto a la alegación de la mercantil oponente relativa a que, si se nombrara por parte del Registrador un segundo auditor para verificar las cuentas del ejercicio 2011, supondría una redundancia innecesaria por cuanto todos los auditores están sometidos a la misma legislación de auditoría de cuentas y a las mismas reglas de valoración y que la interrupción de la ejecución del contrato de auditoría suscrito supondría un coste y un perjuicio innecesario y desproporcionado para la

sociedad, tan solo señalar que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que los gastos de auditoría corren siempre de cuenta del auditor. Por último, la solicitante del nombramiento de auditores interesa a su solicitud 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 respeto solo señalar que, en el momento procesal oportuno, cuando proceda el nombramiento según el sistema reglado impuesto por el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil, será aplicable al mismo lo que disponen los artículos 344 –aplicable por la remisión del artículo 364 del citado Reglamento– y 360, así como lo dispuesto en el artículo en el artículo 361 del Reglamento en el que hace referencia al resultado de la auditoría encomendada.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición y añadiendo que el informe de auditoría de cuentas estaba ya finalizado. Adjuntó al escrito de interposición del recurso el referido informe de auditoría de las cuentas 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, 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, aún cuando la sociedad aportó el informe de auditoría con el escrito de interposición del recurso, no ha acreditado la primera de las condiciones exigidas por esta Dirección General, dado que los documentos aportados por la sociedad carecen de una fecha fehaciente que permita comprobar que la contratación de la auditoría de las cuentas del ejercicio 2011 fue previa a la solicitud del socio minoritario. En efecto, como indicó el Registrador Mercantil de Barcelona, la primera fecha fehaciente que consta en dichos documentosd es la de presentación en el Registro junto al escrito de oposición de la sociedad y ésta es ciertamente posterior a la fecha de presentación de la solicitud de auditoría en ese mismo Registro el 26 de marzo de 2012. Consecuentemente, la auditoría voluntaria alegada por la sociedad no ha podido enervar el derecho de la solicitante al nombramiento registral de auditor de cuentas.

2.º Alega la sociedad recurrente que si se llevarse a cabo la auditoría solicitada, le originaria un notable perjuicio económico. 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 «Europea de Gruas-Eurogruas, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número V de Barcelona el 17 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, 26 de marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número V de Barcelona.

Resolución de 26 de marzo de 2013 (4.ª)

En el expediente 149/12 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tre Merli, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 14 de febrero de 2012 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 «Tre Merli, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

II

Trasladad dicha instancia a la sociedad, ésta no presentó oposición al nombramiento de auditor de cuentas solicitado por la minoría.

III

El Registrador Mercantil número XV de Barcelona resolvió, con fecha 16 de abril de 2012, desestimar la solicitud formulada por el socio minoritario. Mantuvo que, aún cuando el tenor literal del artículo 354.4 del Reglamento del Registro Mercantil pudiera dar a entender que si la sociedad no contesta, debe automáticamente aceptarse la petición del socio, ello no es así porque oponerse no es una obligación sino una facultad que puede ejercerse o no, sin que la falta de ejercicio pueda interpretarse como la tácita conformidad y porque el Registrador, en todo caso, debe comprobar que la solicitud reúne las condiciones legalmente establecidas y resolver sobre el fondo del asunto. En tal sentido, pueden citarse, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 7 y 8 de octubre de 2009, y 1 de septiembre de 2010). Continuó su resolución señalando que de las Inscripciones 3.ª y 5.ª practicadas en la Hoja abierta en este Registro a nombre de la sociedad «Tre Merli, S.L.», se desprende que el promotor del presente expediente durante todo el ejercicio a auditar ostentó los cargos de Administrador solidario de la citada mercantil, primero, y de Consejero Delegado solidario de la misma, después. Por tanto, se plantea la cuestión de si la concurrencia en el solicitante de dichos cargos puede impedir que ejercite el derecho a solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas. Sobre esta cuestión la 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 ostentado la representación social y hubiera podido contratar por sí mismo los servicios profesionales de un auditor como un acto propio de la gestión social de la empresa, sin necesidad de acudir al Registro. Esto es lo que ocurre en el presente caso, ya que el solicitante

pudo en su primera condición de Administrador solidario y posterior de Consejero Delegado solidario, durante todo el ejercicio 2011, sin necesidad de concurrir los otros miembros de los órganos de administración, nombrar auditor de cuentas para el ejercicio de 2011, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunada, dado, que en este caso, los consejeros habrían tenido que actuar conjuntamente (artículo 1.692 del Código Civil).

IV

Contra dicha resolución don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando lo que a su derecho convino y solicitando se accediera a su petición de auditoría de las cuentas del ejercicio 2011.

V

El 25 de julio de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este departamento ministerial un oficio del registrador mercantil de Barcelona al que adjuntaba un escrito del solicitante de la auditoría de cuentas desistiendo de su pretensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento y declarar concluso el procedimiento de nombramiento de auditor para el ejercicio 2011 iniciado por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas para la sociedad «Tre Merli, 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 marzo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de XV de Barcelona.

Resolución de 1 de abril de 2013 (1.ª)

En el expediente 98/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Ilerbrokers Inmobles, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Lleida el 26 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 2605.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 5% del capital social de «Ilerbrokers Inmobles, S.L.» el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2011.

II

Las sociedades, 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 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 de 16 de abril de 2012 requirió a la solicitante de la auditoría para que aportara al expediente documentación acreditativa de su legitimación. Lo que así hizo la interesada que adjuntó al escrito presentado el 23 de abril de 2012 copia de escritura de cambio de denominación social, autorizada por el notario de Lleida, Sr. Soler, el 1 de abril e 2004, bajo el número 1094 de su protocolo, así como otra de compraventa de participaciones sociales por el notario de Lleida Sr. Gómez, bajo el número 630 del su protocolo.

IV

Por resolución de 27 de abril de 2012 la Registradora Mercantil de Lleida denegó 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 –artículo 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) Es indiferente la expresión de la causa de la solicitud pues esta es siempre y típicamente la misma. 3.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. 4.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 s sienta perjudicado podrá acudir a la vía judicial civil para exigir la reparación de los perjuicios ocasionados.

V

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.

VI

Finalmente, la solicitante de la auditoría de cuentas, doña ….., presentó un escrito el 13 de noviembre de 2012 en el Registro Mercantil de Lleida en el que renunciaba a su solicitud de auditoría de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 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 del ejercicio 2011 para la sociedad «Ilerbrokers Inmobles, 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 recla-

mación administrativa, de conformidad con 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 abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Lleida.

Resolución de 1 de abril de 2013 (2.ª)

En el expediente 155/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Empresa Estevez Avión, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra el 29 de marzo de 2012 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 33'33% del capital social de «Empresa Estevez Avión, 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 solicitud fotocopia de cesión de titularidad de participaciones sociales otorgada el 23 de octubre de 2007 ante el notario de Ponteareas, D. Manuel Arturo Vidal Rodríguez, bajo el número 133 de su protocolo, en cuya virtud doña ….. pasó a ser titular de 5.100 participaciones sociales núms. 1 a 5100, ambas inclusive; y fotocopia de escritura de aportación otorgada el 16 de abril de 2009 ante el también notario de Ponteareas, D. Alvaro Lorenzo Fariña Domínguez, bajo el número 705 de su protocolo, en cuya virtud don ….. y su esposa doña ….., adjudicaban en pleno dominio a su hija el 33'33 de capital social.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ….. y don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la socia solicitante de la auditoría fue administradora de la sociedad hasta el día 19 de septiembre de 2011 y en consecuencia conoce la información que pueda arrojar el resultado de la auditoría solicitada, tal como expresamente reconocen numerosas sentencias. 2.º) Que la administración actual tiene prevista la realización de una auditoría, siendo de interés de los demás socios el auditar a la empresa y liberar a la solicitante de las responsabilidades futuras en relación con la administración de la sociedad. 3.º) Que la sociedad todavía no ha redactado, presentado ni aprobado las cuentas anuales porque todavía no ha finalizado el plazo legal previsto para ello.

4.º) Que es incierto y falso lo manifestado por la solicitante en su escrito de solicitud en cuanto a que ha sido apartada de la administración de una forma oscura, puesto que para revocar su cargo fue necesario convocar varias juntas debido a que no acudía a las mismas y cuando lo hacía se negaba a firmar su asistencia.

III

El Registrador Mercantil de Pontevedra, con fecha 20 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo, resumidamente, que el hecho de que la solicitante haya ostentado la administración mancomunada de la sociedad no puede impedir que ejercite un derecho que por ley le corresponde. Como ha mantenido la Dirección General de los Registros y Notariado esto solo ocurriría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ejercido la administración con carácter solidario, pues en estos últimos supuestos habría podido contratar por sí misma los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración, lo que no ocurre en caso de ejercer la administración mancomunadamente, dado que, para contratar la auditoría de cuentas, habría tenido que contar con el consentimiento de al menos don Perfecto Estévez Carracedo, según resulta de la mencionada inscripción 7.ª *(cfr.* artículo 1.694 del Código Civil). (Fundamentos de Derecho: Artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y R.D.G.R.N. 27 de febrero y 26 de marzo de 2009, 11 de mayo y 20 de julio de 2010,25 de febrero, 29 de abril y 30 de agosto de 2011). No obstante, además de ser claro que no fue sino una administradora mancomunada, –y por tanto no podía por si sola designar auditor para la sociedad– y que ejercita su derecho no como administradora sino como socia, también lo es que no reunió tal condición durante todo el ejercicio económico del que se solicita la auditoría y, por tanto, tampoco podía conocer los datos contables de la misma. Por otra parte, no puede enervar el derecho del socio la alegación societaria de que se presume, salvo prueba en contrario, que la socia y a la vez administradora mancomunada hasta septiembre de 2011 conoce la información que pueda arrojar el resultado de la auditoría, –Sts. del TS de 23 de junio de 1973 y 7 de octubre de 1985, y St. de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 21 de febrero de 2008, Rec. 81/2008–, puesto que la información y conocimiento de los datos contables de la Compañía por parte de la solicitante no impide el ejercicio del derecho de auditoría que reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital: información y auditoría son derechos que, aunque complementarios, son distintos por su finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio, ya que este último pretende un informe de las cuentas anuales realizado por un profesional independiente. (R.D.G.N. 7 y 14 de junio, 17 de agosto de 2010 y 7 de junio y 31 de agosto de 2011.). Esta doctrina se ajusta a lo dispuesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 21 de febrero de 2008, Rec. 81/2008 –que a su vez referencia las Sts de 23 de junio de 1973 y 7 de octubre de 1985–, en la que se pone de manifiesto que el derecho de información es consustancial a la titularidad que corresponde a cada socio y no tiene la misma naturaleza que el derecho a nombrar auditor en las sociedades no obligadas a someter las cuentas a verificación por auditor, sólo reservado en función de un determinado nivel de capital social; que el derecho a la obtención del informe del auditor es un derecho complementario del de información; y que el hecho de conocer las cuentas del ejercicio que se pretende auditar no restringe ni limita el derecho como socio a pedirla designación de un auditor. Tampoco puede prosperar la futura auditoría voluntaria tan solo alegada por la sociedad, puesto que en estos procedimientos la regla general es la de nombramiento registral de auditor solicitado por el socio minoritario y solo con carácter excepcional la auditoría voluntaria encargada por la sociedad puede enervar su derecho si cumple dos condiciones que son: *a)* que el nombramiento haya sido previo a la solicitud y *b)* que se garantice, inexcusablemente, el derecho del socio a la auditoría

mediante la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil o bien mediante la entrega al socio del informe de auditoría o mediante su aportación al expediente. Ninguna de estas condiciones se han cumplido en el presente expediente, puesto que, como alegó la sociedad en su oposición, solamente estaba prevista la contratación del auditor, por tanto, con posterioridad a la presentación de la solicitud. (Fundamentos de Derecho: R.D.G.R.N. de 15 de junio de 2007,10 de marzo de 2010 y 25 de febrero de 2011). Cabe también indicar que este derecho de auditoría reconocido a los socios minoritarios persigue verificar la llevanza ajustada o no a derecho de la contabilidad por parte de expertos independientes y solo está condicionado a que los solicitantes reúnan las circunstancias de capital y tiempo que se mencionan en el artículo 265-2 de la LSC, sin que para ejercitarlo hayan de esperar a la celebración de la Junta General de la sociedad que decida si es o no oportuno el nombramiento de auditor de cuentas. (Fundamentos de Derecho: R.D.G.R.N. de 11 de octubre de 2010) El derecho de auditoría subsiste aunque la sociedad no haya formulado ni aprobado las cuentas, fundamentalmente porque los socios tienen un plazo tasado para hacerlo que finaliza a los tres meses del ejercicio cuya auditoría se pretende y porque, aunque básicamente lo que pretende este derecho es que los socios puedan disponer del informe de auditoría precisamente antes de la junta general, con el fin de proceder con mayor conocimiento de causa a la aprobación o no de las cuentas anuales, es obvio que el informe puede cumplir otras muchas funciones, como pudieran ser el contrastar el cumplimiento por los administradores de su obligación de llevar adecuadamente las cuentas, instar su diligencia en dicho cumplimiento y el poder iniciar, en su caso, con base en dicho informe, las acciones de responsabilidad establecidas en la Ley. (Fundamentos de Derecho: R.D.G.R.N. de 15 de abril de 2009, 10 de marzo, 28 de abril y 18 de octubre de 2010 y 24 de febrero de 2011.) En lo referente a la veracidad o no de las afirmaciones efectuadas por la solicitante de auditoría en cuanto a que fue apartada de la administración de una forma oscura, cabe decir que la competencia atribuida al Registrador Mercantil en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas está delimitada en los artículos 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil siendo aplicable, supletoriamente, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Conforme a la citada regulación la actuación del Registrador se limita a una declaración fundada en derecho sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento de auditor solicitado por la minoría, lo que excluye dilucidar cuestiones relativas a conflictos entre los socios o entre éstos y los administradores sociales.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando las alegaciones aducida en su escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que el Registrador confunde el derecho a la información que ostentan todos los socios con el derecho de un soco que fue administrador de la sociedad a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, porque la información que le puede proporcionar el auditor ya está en su poder y, asimismo, porque supone un coste importante para la empresa que es innecesario, lo que convierte el ejercicio del derecho en abusivo. 2.º) Que a todo lo anterior no afecta el hecho de que fuera administradora de una parte del ejercicio cuya auditoría solicita, ya que lo fue la mayor parte del año y el abuso se produce porque como administradora debe conocer la marcha de la empresa. 3.º) Por último, alegó que la solicitante de la auditoría de cuentas no es socia minoritaria, puesto que tiene la misma participación que todos los demás.

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, 27 de abril y 17 de agosto de 2010, y 7 de junio y 31 de agosto de 2011.

1.º El presente recurso plantea como primera cuestión la relativa a la posibilidad de solicitar el nombramiento de auditor de cuentas cuando en el socio solicitante concurre la condición de administrador de la compañía. Sobre esta cuestión, la Dirección General de los Registros y del Not 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 –lo que no es el caso– porque en este último supuesto habríapodido contratar por si mismo 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 –como lo es en el caso presente –dado que entonces habría tenido que contar con el consentimiento de los demás administradores *(cfr.* artículo 1692 del Código Civil).

2.º Como indicó el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido, el conocimiento que tuvo la solicitante de la contabilidad social y de los asuntos sociales, no 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.* artículos 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 Tampoco pueden prosperar las alegaciones de la sociedad que cuestionan la buena fe de la solicitante, dado que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones pues, 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. artículos 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 la participación de la solicitante en el capital social que, en opinión del recurrente, desvirtúa su carácter de «minoritaria» 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….. y don …..., administradores mancomunados de «Empresa Estevez Avión, S.L.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Pontevedra el 20 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, 1 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 1 de abril de 2013 (3.ª)

En el expediente 157/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rivas & Asociados Abogados, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 31 de marzo de 2012 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 «Ivas & Asociados Abogados, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de sus administradores, don….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: Que la solicitante carece de legitimación para solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas ya que incurrió en causa de exclusión, al haberse desligado voluntariamente de la sociedad e incumplir con tal actuación la prestación accesoria impuesta por el artículo 7 de los Estatutos Sociales, incurriendo por ello en la causa prevista en el artículo 350 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

La Registradora Mercantil número VI de Madrid, con fecha de 26 de abril de 2012, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Mantuvo que dicha causa de oposición no puede ser mantenida pues, con independencia de que sea cierta la causa legal de exclusión, no se justifica que se haya iniciado el procedimiento de exclusión previsto en el artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital y, por tanto, no concluido dicho procedimiento con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública con reembolso de las participaciones sociales al socio excluido, que sería el momento en el que el socio deje de serlo. Consecuentemente, cumpliendo la solicitante con los requisitos de capital y tiempo legal y reglamentariamente exigidos procede estimar su solicitud.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que el artículo 7 de los Estatutos sociales impone a los socios la obligación de ostentar la condición de abogado debidamente colegiado y la prestación de sus servicios a través de la sociedad. 2.º) Que la solicitante, con fecha de 12 de febrero de 2012 comunicó su intención de causar baja voluntaria en la empresa, pidiendo la preparación de su finiquito así como las cantidades adeudadas. 3.º) Que de dicha carta se desprende que la solicitante incurrió en causa legal de exclusión, conforme a lo previsto en el artículo 350 de la Ley de Sociedades de Capital. 4.º) Que si como entiende la registradora mercantil reúne las condiciones exigidas para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, no cabe duda que la solicitud se formula a modo de represalia de la solicitante ante la resolución judicial recaída desfavorable para los intereses de su familia, lo que supondría utilización ilegítima fraudulenta de un 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 Resolu-

ciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de septiembre de 1993, la de 19 de octubre de 2007 y 18 de julio de 2011.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Madrid que no hace sino reiterar la doctrina mantenida por este Centro Directivo. En efecto, la exclusión de un socio de la compañía comporta un proceso que se inicia con el acuerdo adoptado en la Junta General– lo que no se ha alegado por la sociedad –y que culmina cuando ésta, 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 por el acuerdo de exclusión, 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.* artículo 290, 353, 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital y 94 del Reglamento del Registro Mercantil).

En el caso presente, la sociedad no ha probado la iniciación del procedimiento de exclusión y, mucho menos, su culminación mediante la adquisición por la sociedad de las participaciones sociales de la solicitante o bien la reducción de capital social, en el caso de que hubieran sido amortizadas. Consiguientemente, la solicitante de la auditoría ostenta la propiedad de las participaciones sociales que alegó en su instancia que la acreditan como socia y, siendo su cuantía equivalente a más del 5% del capital social también la legitiman para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas.

2.º Sobre las posibles motivaciones espurias que hayan podido llevar a la peticionaria a la solicitar la auditoría de cuentas, se ha de señalar que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(cfr.* artículos 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en representación de «Rivas & Asociados Abogados, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número VI de Madrid 26 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 recla-

mación administrativa, de conformidad con 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 abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IV de Madrid.

Resolución de 1 de abril de 2013 (4.ª)

En el expediente 158/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ubach Munne y Asociados, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Duet Barcelona, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 29 de marzo de 2012 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 25'85% del capital social de «Ubach Munne y Asociados, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011. Adjuntaba a su escrito copia inscrita de escritura de aumento de capital social con aportación no dinerada de la mercantil «Duet Barcelona, S.L.» otorgada en fecha 25 de julio de 2005, ante el notario de Barcelona D. Francisco Javier Aguirre de la Hoz, número 954 de protocolo; Certificación literal expedida el día 4 de junio de 2011 por don ….., Registrador Mercantil de Barcelona, relativa a la mercantil «Ubach Munne y Asociados, S.L.»; página 1 de la demanda de juicio ordinario de impugnación de acuerdos sociales, en la que consta como parte demandante la mercantil «Duet Barcelona, S.L.» y parte demandada la sociedad «Ubach Munne y Asociados, S.L.», y con el sello del Registro de entrada del Juzgado de Barcelona– Repartiment Civil con fecha 4 de noviembre de 2011.

II

La sociedad, a través de doña ….., representante de «OA-UM Holding, S.L.» y doña ….., representante de la mercantil «Saurina Pallarol, S.L.», actuando ambas compañías en calidad de administradoras mancomunadas de la sociedad, se opuso a dicha solicitud, alegando, en síntesis: 1.º) Que la entidad mercantil solicitante ha ejercido con plenitud el cargo de administrador mancomunado de la sociedad «Ubach Munne y Asociados, S.L.». Tanto esa sociedad como su administrador conocen perfectamente los estados contables-financieros de la compañía, por lo que no está legitimado para

realizar la solicitud de nombramiento de auditor. 2.º) Que debido a que la situación actual de la compañía, con importantes pérdidas en el 2010, no se puede ni debe permitir el hacer frente a los gastos que supondrían los honorarios de un auditor, por lo que no se debería proponer o motivar gastos superfluos y aún menos se debería conceder que personas involucradas en la gestión de la sociedad, como es «Duet Barcelona, S.L.» y el propio Sr. ….., promuevan el desembolso de gastos totalmente innecesarios como el presente nombramiento de un auditor. 3.º) Que el solicitante ha tenido siempre a su disposición, como socio y administrador, cualquier documentación y acceso a la información de las cuentas de 2011 y siempre que lo ha requerido se le ha informado al respecto; además se considera que el derecho de solicitar el nombramiento de un auditor se debe ejercitar por y para las partes que se consideren minoritarias, que no es el caso de «Duet Barcelona, S.L.», la cual cuenta con un 30% del capital social y es administrador activo de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil número IV de Barcelona, con fecha 18 de abril de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que la compañía solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que la representación social alega que la mercantil solicitante «Duet Barcelona, S.L.» y el administrador de la misma, don ….., han ejercido con plenitud el cargo de administrador mancomunado de la sociedad «Duvalais, S.L.», conociendo perfectamente los estados contables-financieros de la compañía, por lo que no está legitimado para la presente solicitud de auditor. Cabe indicar, al respecto, 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 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. Sin embargo, en el presente supuesto ha quedado probado por los datos que constan del Registro que la mercantil «Duet Barcelona, S.L.» es, junto con las sociedades «OA-UM Holding, S.L.» y «Saurina Pallarol, S.L.», administrador mancomunado de la sociedad afectada y, en consecuencia, «Duet Barcelona, S.L.» no pudo contratar por si mismo un auditor de cuentas estando, por tanto, plenamente legitimado por su condición de socio para el ejercicio de este derecho (pueden verse en este sentido las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 27 de febrero de 2009,11 de mayo y 26 de agosto de 2010, entre otras). En cuanto a la manifestación de la sociedad de que tiene conocimiento de los estados contables de la misma; habiendo tenido siempre a su disposición, como socio y administrador, cualquier documentación y acceso a la información de las cuentas de 2011 y siempre que lo ha requerido se le ha informado al respecto; hay que señalar que, que 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 26S.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. Respecto a la consideración de la oponente relativa a que el derecho de solicitar el nombramiento de un auditor se debe ejercitar por y para las partes que se consideren minoritarias, que no es el caso de «Duet Barcelona, S.L.», la cual cuenta con un 30% del capital social y es administrador activo de la sociedad, solo cabe decir que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece el requisito de legitimación y tiempo para solicitar el nombramiento registral de auditor, exigiendo que quien o quienes lo solicitan reúnan al menos el 5% de capital social sin que en modo alguno, excluya solicitudes formuladas por quiénes reúnan porcentajes de capital superiores. En consecuencia, no se exige que el solicitante sea minoritario, sino que reúna, al menos, el 5% del capital social. Por último, en cuanto a la alegación relativa a la imposibilidad de asumir los costes de la auditoría por parte de la sociedad «Sagna, S.L.» debido a la actual situación económica en que se encuentra, hay que señalar, que el promotor del presente expediente ha optado por ejercer el derecho que le concede el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y lo que el legislador ha querido, y así lo señala expresamente el citado artículo 265.2, sin que quepa margen interpretativo alguno, es 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).

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadieron: 1.º) Que no debe utilizarse la letra de la ley para ir en contra de su espíritu y, en el caso presente, ni la entidad mercantil es socia minoritaria ni desconoce la situación de la sociedad. 2.º) Que el solicitante de la auditoría no ha actuado de buena fe al solicitar el nombramiento de auditor 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, 3 de mayo de 2009, 11 de mayo, 26 de agosto y 6 de octubre de 2010.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la primera cuestión plateada en el escrito

de oposición, cabe recordar la doctrina mantenida por este Centro Directivo, 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 –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.

2.º Sobre la alegación que cuestiona el derecho del solicitante por tener conocimiento exacto y puntual de la situación de la sociedad, como indicó el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido, 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 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 Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe de la entidad mercantil solicitante, por el hecho de entender necesaria la auditoría pues, como ha mantenido este Centro Directivo, el limitado ámbito de conocimiento que el Reglamento del Registro Mercantil atribuye 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.* artículos 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, se ha de rechazar el motivo de oposición relativo a las dificultades económicas de la sociedad para costear los gastos de la auditoría,

puesto 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 del socio minoritario a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., representante de «OA-UM Holding, S.L.» y doña ….., representante de la mercantil «Saurina Pallarol, S.L.», actuando ambas compañías en calidad de administradoras mancomunadas de «Ubach Munne y Asociados, S.L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número IV de Madrid 18 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, 1 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IV de Madrid.

Resolución de 2 de abril de 2013

En el expediente 161/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «CPQ Ingenieros, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 23 de marzo 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 «CPQ Ingenieros, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el

examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011. Adjuntaba a su instancia copia de la escritura de reducción y ampliación de capital social, autorizada por el notario de Barcelona, D. Tomás Jiménez Duart.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ….. y don …..., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad no está obligada a verificar sus cuentas anuales por auditor de cuentas. 2.º) Que no obstante lo anterior la administración de la sociedad ha procedido a nombrar auditor voluntario a la firma auditora «Audit & Laudit, S.L.» para verificar las cuentas de los ejercicios 2011 a 2012. Dicha designación fue presentada para su inscripción el 30 de diciembre de 2011, la cual fue denegada por defectos subsanables, por lo que se volvió a presentar el 28 de marzo de 2012. Adjuntó el escrito firmado por el representante de la firma auditora aceptando el encargo de auditoría, con firma legitimada el 29 de diciembre de 2011.

III

La Registradora Mercantil número XVII de Barcelona, con fecha 12 de abril de 2012, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo, respecto a la primera alegación de la sociedad que precisamente las sociedades que no están obligadas a auditar sus cuentas anules, pasan a estarlo cuando lo solicita un socio que reúna las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas. Sobre al nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que para que éste pueda enervar el derecho del socio minoritario 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. Ambos requisitos aparecen cumplidos, dado que el nombramiento se realizó el 27 de diciembre de 2011, aceptado por la firma auditora el 28 de diciembre del mismo año y que dicho nombramiento y aceptación fueron finalmente inscritos en el Registro Mercantil el 19 de abril de 2012. la sociedad, al cumplir su obligación de depósito de cuentas del ejercicio 2011 estará obligada a presentar el informe de auditoría de cuentas, elaborado por le firma «Audit & Laudit, S.L.».

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 la resolución dictada por el Registrador Mercantil vulnera lo dispuesto en el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital, puesto el nombramiento de auditor de cuentas lo realizó la administración social y no la Junta general. 2.º) Que, consecuentemente, es un nombramiento nulo al ser irregular, debiendo ser revocada la resolución recurrida.

V

El 6 de junio de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil número XVII de Barcelona, al que adjuntaba un escrito del solicitante de la auditoría de cuentas presentado en el Registro Mercantil el 25 de mayo de 2012, en el que desistía de su solicitud de auditoría de las cuentas del ejercicio 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91 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 el desistimiento presentado por don ….., solicitante de la auditoría de las cuentas del ejercicio 2011 de la sociedad «CPQ Ingenieros, 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, 2 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XVII de Barcelona.

Resolución de 3 de abril de 2013 (1.ª)

En el expediente 163/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sánchez y Guzmán, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….., en nombre y representación de la Comunidad de Herederos de don ….., en su condición de socio con más del 5% de capital social de «Sánchez y Guz-

mán, S.L.» presentó un escrito el 28 de marzo de 2012 en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canarias 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 el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

La sociedad, a través de su Consejero Delegado solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: Que el Consejo de Administración acordó el 26 de diciembre de 2011 nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo para verificar las cuentas del ejercicio 2011 a la entidad «Audiconsult, S.L.P.». El acta de dicho acuerdo fue presentada para su inscripción el 18 de abril de 2012.

III

El Registrador Mercantil de las Palmas acordó, el 26 de abril de 2012, 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, el nombramiento voluntario de auditor no fue previo pues, aunque se dice que el acuerdo se adoptó el 26 de diciembre de 2011 y aceptado por la firma auditora el 10 de abril de 2012, no fue presentado en el Registro sino hasta el 18 de abril de 2012, por lo que, conforme al artículo 1227 del Código Civil, no fue previo a la solicitud presentada el 28 de marzo de 2012, por lo que subsiste el derecho del socio a instar 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 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 es un hecho nuevo para el Registrador Mercantil que la sociedad viene auditando sus cuentas con la firma auditora «Audiconsult, S.L.P.» desde 1992 hasta 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 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. 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 la primera de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante. En efecto, como indicó el Registrador Mercantil, no fue previo, puesto que la aceptación de la empresa auditora no consta de fecha fehaciente sino desde la legitimación notarial de la firma de don ….., administrador solidario de «Audiconsult, S.L.P.» que tuvo lugar el 10 de abril de 2012 y, por tanto, el contrato de auditoría fue posterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario el 28 de marzo de 2012 (*cfr.* art. 1262 del Código Civil). Por tanto, en esta ocasión la auditoría voluntaria de la sociedad no puede enervar el derecho de la solicitante.

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 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 ….., Consejero Delegado solidario de «Sánchez y Guzmán, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Las Palmas el 26 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, 3 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Las Palmas.

Resolución de 3 de abril de 2013 (2.ª)

En el expediente 164/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Europesca Insular, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….., en nombre y representación de la Comunidad de Herederos de don ….., en su condición de socio con más del 5% de capital social de «Europesca Insular, S.L.» presentó un escrito el 28 de marzo de 2012 en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canarias 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 el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

La sociedad, a través de su Consejero Delegado solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: Que el Consejo de Administración acordó el 26 de diciem-

bre de 2011 nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo para verificar las cuentas del ejercicio 2011 a la entidad «Audiconsult, S.L.P.». El acta de dicho acuerdo fue presentada para su inscripción el 18 de abril de 2012.

III

El Registrador Mercantil de las Palmas acordó, el 26 de abril de 2012, 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, el nombramiento voluntario de auditor no fue previo pues, aunque se dice que el acuerdo se adoptó el 26 de diciembre de 2011 y aceptado por la firma auditora el 10 de abril de 2012, no fue presentado en el Registro el 18 de abril de 2012, por lo que, conforme al artículo 1227 del Código Civil, no fue previo a la solicitud presentada el 28 de marzo de 2012, por lo que subsiste el derecho del socio a instar 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 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 es un hecho nuevo para el Registrador Mercantil que la sociedad viene auditando sus cuentas con la firma auditora «Audiconsult, S.L.P.» desde 1992 hasta 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 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 la primera de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante. En efecto, como indicó el Registrador Mercantil, no fue previo, puesto que la aceptación de la empresa auditora no consta de fecha fehaciente sino desde la legitimación notarial de la firma de don ….., administrador solidario de «Audiconsult, S.L.P.» que tuvo lugar el 10 de abril de 2012 y, por tanto, el contrato de auditoría fue posterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario el 28 de marzo de 2012 (*cfr.* art. 1262 del Código Civil). Por tanto, en esta ocasión la auditoría voluntaria de la sociedad no puede enervar el derecho de la solicitante.

2. 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 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 ….., Consejero Delegado solidario de «Europesca Insular, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Las Palmas el 26 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, 3 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Las Palmas.

Resolución de 3 de abril de 2013 (3.ª)

En el expediente 160/12 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Aurispania, S.L., en liquidación».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 30 de Marzo de 2012 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular de más del 16'67% del capital social de «Aurispania, 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 su liquidadora, doña …..., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad se encuentra en fase de liquidación desde el año 2008, decisión adoptada por acuerdo unánime de todos los socios, incluido el solicitante de la auditoría, siendo el motivo de dicho acuerdo la acumulación de pérdidas que superaban a las permitidas legalmente según el artículo 260 de la LSA vigente entonces; y que el solicitante era plenamente consciente de la situación de la sociedad, ya que estuvo de acuerdo con la disolución y liquidación de la compañía., lo que implica que no tiene obligación de verificar ni formular cuentas anuales, sino estado anual de cuentas. 2.º) Que la sociedad tenía hipotecados sus bienes inmuebles por diversos acreedores, y, embargados los mismos por la Agencia Tributaria y por la Tesorería de la Seguridad Social. También tenía embargadas sus cuentas bancadas y sus créditos contra clientes por las mismas entidades públicas. En consecuencia, la sociedad no tenía ninguna capacidad operativa. Durante este tiempo, y a través de otra empresa se han podido ir solucionando algunos de los gravísimos proble-

mas de la sociedad, pero de ningún modo el de la tesorería, y menos en esta época de falta de liquidez para todos. 3.º) Que en este contexto, la sociedad carece de liquidez para afrontar los pagos del auditor, a menos que solicite un préstamo.

III

El Registrador Mercantil núm. VIII de Barcelona, con fecha 23 de abril de 2012, resolvió no acceder a la oposición formulada por la sociedad. Entiende que aunque la sociedad carezca de actividad subsiste en el tráfico mercantil y conserva su personalidad jurídica, puesto que no se ha producido su extinción y cancelación de sus asientos en el Registro Mercantil, por lo que, de conformidad con la doctrina sentada al respecto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, el que la sociedad se halle en periodo de liquidación no es obstáculo para que cualquier socio, con al menos un 5% del capital, pueda solicitar, como en el presente caso, el nombramiento de auditor, estableciendo la compatibilidad del derecho de auditoría con el hecho de una sociedad en liquidación, ya que su personalidad jurídica subsiste, sin perjuicio además de la naturaleza esencialmente 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. En cuanto al hecho de que el solicitante sea plenamente consciente de dicha situación por ser él quien la generó cuando fue administrador único, dicha alegación no es causa de oposición a la solicitud. Debe recordarse que, en modo alguno, puede 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 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. En cuanto la alegación relativa a la imposibilidad de asumir los costes de la auditoría por parte de la sociedad «Aur1spania, S.A.» (En Liquidación), hay que señalar, que el solicitante del presente expediente ha optado por ejercer el derecho que le concede el artículo 2652 de la Ley de Sociedades de Capital, y lo que el legislador ha querido, y así lo señala expresamente el citado artículo 265.2, sin que quepa margen interpretativo alguno, es 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). Por último, la sociedad oponente alega que no está obligada a verificar sus cuentas, prefiriendo la liquidadora, si puede, pagar las deudas antes que destinar recursos a una auditoría caprichosamente solicitada y que no es el Registro Mercantil el lugar adecuado para resolver disputas familiares. Dichas alegaciones no representan obstáculo alguno a la solicitud. Las sociedades que, en principio, no están obligadas a la verificación contable, al poder presentar sus cuentas en el Registro Mercantil en forma abreviada, pasan a estarlo cuando, en base al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, lo solicita un número de socios que representen al

menos el 5% del porcentaje del capital social y presenten su instancia en el Registro Mercantil en los tres meses siguientes del cierre del ejercicio social (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 19 de febrero de 2009 y 23 de junio de 2010, entre otras). En cuanto a que la auditoría ha sido caprichosamente solicitada debe recordarse que quien juzga la necesidad de la auditoría es el socio y no la sociedad (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 20 de septiembre de 2007,13 y 19 de febrero de 2009, entre otras), y no puede estimarse caprichosa o superflua la petición formulada, recordándose que la misma no supone, en principio, mala fe por parte del socio.

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 formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que en marzo de 2011 se convocó Junta general de socios para celebrar el día 4 en primera convocatoria y día 5 en segunda, con él fin de informar a lo socios de la marcha de la liquidación y de presentar una propuesta de liquidación final. El solicitante de la auditoría de cuentas no asistió a dicha Junta general.

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 en esta resolución la decisión adoptada por el registrador Mercantil de Barcelona. En efecto, aunque se encuentre en situación de liquidación, es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera-que es posible ejercitar el derecho que el 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 No es cierto, en contra de lo que la sociedad alega, que la sociedad no está obligada a no formular cuentas anuales y que éstas sean sustituidas por el informe general sobre el estado anual de cuentas de la liquidación, ya que

ambas obligaciones son compatibles y, así lo dispone el artículo 388 de la Ley de Sociedades de Capital cuando en su número 2 establece, con carácter taxativo, que si la liquidación se prolongase por un plazo superior al previsto para la aprobación de las cuentas anuales, los liquidadores presentarán a la junta general, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, las cuentas anuales de la sociedad.

3.º Tampoco puede prosperar la pretensión de enervar el derecho del socio minoritario, sobre la base del conocimiento que éste tuvo de la situación económica de la sociedad y su posible responsabilidad en el acaecimiento de la situación descrita, al haber sido administrador social, dado que, en primer lugar, el socio ha ejercitado un derecho que la ley le reconoce por su condición de tal. En segundo lugar, las posibles responsabilidades en las que pudo incurrir, deberán ser dilucidadas por el órgano judicial competente, tras el ejercicio por parte de la sociedad de la acción de responsabilidad de administradores.

4.º Por último, se ha de recordar a la recurrente 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, ni de las consideraciones que realice la oportunidad y conveniencia de la auditoría de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., liquidadora de «Aurispania, S.L.», en liquidación», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. VIII de Barcelona el 23 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, 3 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VIII de Barcelona.

Resolución de 5 de abril de 2013 (1.ª)

En el expediente 162/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «UBK Correduría de Seguros, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., en su calidad de letrado, actuando en nombre y representación de don …..y de don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 21 de febrero de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 24'55% del capital social de «UBK Correduría de Seguros, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011. Alegó que la sociedad, aún estando obligada a la verificación contable, no procedió al nombramiento de auditor por la Junta General antes del 31 de diciembre de 2011. Adjuntó a su instancia escritura de poder general para pleitos, otorgada en fecha 8 de septiembre de 2010, ante el notario de Barcelona, D. Jose María Soldevila Trias de Bes, número 1.299 de protocolo, mediante la cual don ….. confirió poder a favor, entre otros, del Letrado de Barcelona don …..; escritura de poder de representación procesal, otorgada en fecha 9 de septiembre de 2010, ante el notario de Valencia, D. Diego Simó Sevilla, número 1.724 de protocolo, mediante la cual don ….. confirió poder a favor, entre otros, del Letrado de Barcelona don ….., para que por sí solo, en su nombre y representación, ejerciera facultades procesales especiales y facultades para actuar en los ámbitos administrativo, notarial y registral; fotocopia de copia inscrita de escritura de fusión por absorción, otorgada el 16 de marzo de 2006, ante el notario de Barcelona, D. Miguel Alemany Escapa, bajo el número 1039 de su Protocolo; fotocopia de copia inscrita de escritura de subsanación y complemento de escritura, otorgada ante el notario de Barcelona, D. Miguel Alemany Escapa, bajo el número 2115 de su protocolo.

II

La sociedad, a través del Secretario del Consejo de Administración, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad ya tiene auditor de cuentas, pues el 3 de diciembre de 2008 se acordó la prórroga del contrato de auditoría por tres ejercicios más de la empresa auditora «Eurobalges, S.L.P.» según consta en la inscripción número 27 de la hoja abierta a la sociedad. 2.º) Que la sociedad designó a esa misma empresa auditora para el ejercicio 2011, a tenor de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 12/2010, de 30 de junio, de Auditoría de Cuentas. Asimismo, dicha firma auditora prorrogar el contrato de auditoría de cuentas de la citada mercantil por el plazo de tres años más hasta el año 2013. Adjuntó a su escrito certificación expedida el 1 de marzo de 2012 por don ….., administrador de la empresa auditora «Eurobalges, S.L.P.» de la que se desprende que acordaron la prórroga del contrato de auditoría por tres años más, hasta 2013.

III

A la vista de dicho escrito, el Registrador Mercantil número XVI de Barcelona, con fecha 13 de marzo de 2012 requirió a la sociedad para que en el plazo de diez días aportara certificación de declaración del órgano de administración de la sociedad, reconociendo expresamente haber tenido lugar la renovación del contrato de auditoría, con las firmas legitimadas notarialmente, así como la aceptación del auditor también con firma legitimada. Asimismo, la sociedad debe presentar documentos de los que resulten que está obligada a auditar sus cuentas anuales, junto con el informe de gestión del ejercicio económico 2011,

por haber superado durante dos ejercicios consecutivos dos de los límites establecidos por el artículo 257 de la Ley de Sociedades de Capital. Dicho requerimiento fue reiterado por el Registrador Mercantil el 6 de abril de 2012.

IV

La sociedad contestó a la anterior diligencia para mejor proveer, mediante escrito presentado en el Registro Mercantil el 5 de abril de 2012, al que adjuntó para su inscripción los siguientes documentos: la certificación del Secretario y del Presidente del Consejo de Administración, cuyas firmas legitimó el notario de Barcelona, D. Pedro Lecuona Ortúzar, el 4 de abril de 2012, acreditando la renovación del contrato de auditoría con la firma «Eurobalges, S.L.P.» por el plazo de tres años; y certificación del representante de la precitada firma auditora, cuya firma legitimó el notario de Barcelona, D. Ricardo Manén Barceló, el 21 de marzo de 2012; y certificación expedida en Barcelona, en fecha 30 de marzo de 2012, por el Presidente y Secretario, del Consejo de Administración de la sociedad «UBK Correduría de Seguros, S.A.», cuyas firmas legitimó el notario de Barcelona D. Pedro Lecuona Ortúzar, en fecha 4 de abril de 2012, acreditando que la sociedad está obligada a auditar sus cuentas anuales por haber superado durante los ejercicios consecutivos de 2010 y 2011 las siguientes circunstancias previstas en el artículo 257 de la Ley de Sociedades de Capital.

V

El 20 de abril de 2012 el Registrador Mercantil número XVII de Barcelona calificó con defectos la documentación presentada por la sociedad, consistente en la renovación del contrato de auditoría de cuentas, mediante la siguiente nota: «Hallarse cerrada la hoja registral de la sociedad por no haberse constituido el depósito de las cuentas anuales correspondiente al ejercicio de 2010 y no ser el documento ninguno de los exceptuados de dicho cierre. (Art. 282 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil y reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras».

VI

Por acuerdo de 26 de abril de 2012, el Registrador Mercantil número XVII de Barcelona acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que de los asientos practicados en la hoja abierta a la sociedad resulta que ésta se encuentra obligada a auditarse, mantuvo, en primer lugar, que la actuación del Registrador Mercantil 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 de desarrollan los artículos 338 y siguientes del expresado Reglamento, dedicándose el artículo 350 y siguientes al «Nombramiento de auditores», en relación a sociedades obligadas y no obligadas a verificar sus cuentas anuales, y que entronca directamente con lo dispuesto en el artículo 265 de la Ley

de Sociedades de Capital. El artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil establece que si la sociedad estuviera obligada a auditar –como es el caso según se ha hecho constar en los Hechos– y si el nombramiento no se hubiese realizado por la Junta General de la sociedad, como principio general, conforme a lo establecido en los artículos 263 y 264 de la Ley de Sociedades de Capital, en principio seria procedente el nombramiento por parte del Registrador Mercantil. Como indica el artículo 265.1 de la citada norma, «Cuando la Junta General no hubiera nombrado a los Auditores antes de que finalice el ejercicio a auditor, debiendo hacerlo, o las personas nombradas no acepten el cargo o no puedan cumplir sus funciones, los administradores, el comisario del sindicato de obligacionistas o cualquier accionista podrá 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». Solamente es 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 Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 20 de febrero de 1999, 1 de septiembre de 2007 y 20 de enero de 2010, entre otras). En cuanto el plazo de presentación de la solicitud en el Registro Mercantil señaló que en los supuestos fundados en el artículo 2651 de la Ley de Sociedades de capital, no es preciso presentarla dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social. Continuó manteniendo que la Ley 12/2010, de 30 de junio, de modificación, entre otras leyes, de la Ley de Auditoría de Cuentas (Ley 19/1988, de 12 de julio para su adaptación a la normativa comunitaria, dio nueva redacción al artículo 8 quater, cuyo párrafo quedó con la siguiente redacción: «Los auditores serán contratados por un periodo de tiempo determinado inicial, que no podrá ser inferior a tres años ni superior a nueve a contar desde la fecha en que se inicie el primer ejercicio a auditar, pudiendo ser contratados por periodos máximos sucesivos de tres años una vez que haya finalizado el periodo inicial Si a la finalización del período de contratación inicial o de prórroga del mismo, ni el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría ni la entidad auditada manifestaren su voluntad en contrario, el contrato quedará tácitamente prorrogado por un plazo de tres años. Por tanto, se introduce en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de poder prorrogar tácitamente el contrato de auditoría por un plazo de tres años una vez concluido el período inicial por el que el auditor hubiera sido designado por la sociedad. Dicha modificación planteaba la repercusión que esta prórroga tácita pudiera tener en el contenido de la hoja registral de la sociedad respecto a la vigencia del nombramiento del auditor más allá del plazo para el que fue expresamente nombrado, y estaba prohibida hasta la promulgación de dicha Ley. Es claro que la Ley hace innecesario un acuerdo de Junta General para la renovación del mismo auditor, pero a su vez parece conveniente que la publicidad registral y la oponibilidad de sus pronunciamientos no puedan quedar desvirtuados por gestos o actitudes no expresadas documentalmente, cualesquiera que sean los efectos que la ley vincule a aquéllos, ya que pueden plantearse diferentes supuestos marco como serían la revocación o renuncia expresa, denuncia del contrato de auditoría, reconocimiento expreso de la renovación tácita, renovación expresa, etc. Habida cuenta que la sociedad oponente alega precisamente haberse producido la referida prórroga tácita del contrato de auditoría, y en orden a la calificación o control de legalidad de la citada prórroga, se instó a la sociedad a que presentara a la inscripción los documentos acreditativos de la renovación del contrato, lo que la sociedad hizo, por lo que se considera probado la prórroga del referido contrato de auditoría y, por tanto no procede el nombramiento registral de auditor de cuentas fundado en los artículos 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil.

VII

Contra dicha resolución los solicitantes del nombramiento registral de auditor, don ….. y de don ….., a través de su representante, don ….., interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que la Junta general de la sociedad, en su reunión de 3 de diciembre de 2008, acordó prorrogar el contrato con el auditor nombrado por el plazo de por el plazo de tres años –2008, 2009 y 2010 –tal y como consta en la inscripción 27.ª practicada en la hoja abierta a la sociedad, sin embargo para el ejercicio 2011 no se ha nombrado auditor por la Junta General ni se ha adoptado ninguna decisión al respecto. 2.º) Que el artículo 19 de la Ley 12/2010, Auditoría de Cuentas debe ser interpretado conforme a lo dispuesto en los artículos 264 y 265.1 de la ley de Sociedades de capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil porque son disposiciones claras y deben interpretarse en sus estrictos términos por el Registrador Mercantil. 3.º) Que dichos artículos no han sido derogados por la Ley de Auditoría de Cuentas y, por tanto, los socios minoritarios de la sociedad tienen derecho a que se les convoque a una Junta General para que puedan exponer sus argumentos y convencer al resto de los demás socios de que cambien de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 264 y 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, 19 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Se plantea en este expediente la cuestión de la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas solicitada por dos socios de una sociedad obligada a la verificación contable por haber superado durante dos ejercicios consecutivos dos de los límites previstos en el artículo 257 de la Ley de Sociedades de Capital, fundando su solicitud en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, dado que el órgano de administración social no procedió a convocar a la Junta General de socios con la finalidad de realizar el nombramiento de auditor de cuentas, una vez expirado el plazo por el que se contrató al anterior auditor.

El origen de la cuestión surge de la invocación por la sociedad oponente y de la aplicación por el Registrador Mercantil del antiguo artículo 8 quater de la Ley 12/2010, de Modificación de la Ley de Auditoría de Cuentas, que introdujo, como novedad en nuestro ordenamiento jurídico, la prórroga tácita y automática del contrato de auditoría celebrado entre las sociedades obligadas a la verificación contable y el auditor de cuentas, por plazos que no superen los tres años una vez que haya finalizado el periodo inicial. La dificultad que presentó dicha innovación normativa entre los operadores jurídicos residió, en primer lugar, en el medio de hacer constar en el Registro Mercantil la existencia de un hecho, por definición negativo, como lo es la prórroga tácita y automática del contrato de auditoría y, en segundo lugar, como podía conjugarse

este precepto con las disposiciones de la Ley de Sociedades de Capital que atribuye a la Junta General, como órgano supremo de la sociedad, la competencia para decidir sobre la contratación del auditor y su suplente y, en su caso, sobre la renovación del anterior.

Para responder a estas cuestiones se ha de partir de que la Disposición final segunda de la precitada Ley 12/2010, de 30 de junio, estableció un mandato dirigido al Gobierno para elaborar y aprobar un texto refundido sobre auditoría de cuentas. En virtud de esta habilitación dicho Texto Refundido fue aprobado por Real decreto legislativo 1/2011, de 1 de julio y en desarrollo del mismo, el Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, aprobó el Reglamento de ejecución de la Ley.

Conforme a este cuerpo normativo se puede afirmar que el artículo 52 del Reglamento de Auditoría resuelve las dos cuestiones planteadas inicialmente, es decir, la forma de hacer constar en el Registro Mercantil la prorroga tácita y automática del contrato de auditoría, imponiendo a la empresa auditada la obligación de comunicar la referida prórroga al Registro Mercantil correspondiente al domicilio social de la compañía, mediante acuerdo o certificado suscrito por quien tenga competencia legal o estatutaria y en un plazo que no podrá ir más allá de la fecha en que se presenten para su depósito las cuentas anuales auditadas correspondientes al último ejercicio del periodo contratado cfr. Artículo 52.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas).

Del mismo modo, el precitado artículo salva, básicamente, la competencia decisoria de la Junta general, en la medida que el primer inciso del número 2 del artículo 52 dispone que la prorroga automática existirá por un plazo de tres años, cuando el auditor de cuentas o sociedad de auditoría y la entidad auditada no manifiestan su voluntad en contrario antes de que finalice el último ejercicio por el que fueron inicialmente contratados o anteriormente prorrogados, sin perjuicio de la información de dicha prórroga en la Junta General de socios.

Es decir, el órgano de administración social habrá de informar en el documento que considere más adecuado o, en todo caso, en el informe de gestión que junto con las cuentas anuales presente para su aprobación a la Junta general, de la propuesta de prórroga automática del contrato de auditoría.

En el caso presente, procede confirmar el acuerdo recurrido pues la sociedad, presentando en el Registro Mercantil los documentos requeridos por el Registrador con firmas legitimadas notarialmente para acreditar la existencia del contrato de auditoría prorrogado, cumplió con su obligación de dejar constancia registral de la referida prorroga del contrato con la empresa «Eurobages SLP» por el plazo de tres años, siendo una cuestión ajena a este procedimiento y a las competencias de este Centro Directivo la de dilucidar si el órgano de administración cumplió o no con su obligación de informar a la Junta general sobre la propuesta de prórroga del contrato de auditoría, para que dicha Asamblea General pudiera pronunciarse y manifestar su posición al respecto.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., Secretario del Consejo de Administración de «UBK Correduría de Seguros, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XVII de Barcelona el 26 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, 5 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil XVII de Barcelona.

Resolución de 5 de abril de 2013 (2.ª)

En el expediente 165/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «La Carpa Sant Cugat, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la sociedad «Pifadex, S.L. Sociedad Unipersonal» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 31 de marzo de 2012 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 30% del capital social de «La Carpa Sant Cugat, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de sus administradores, don ….. y don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que se trata de una sociedad no obligada legalmente a auditar sus cuentas. 2.º) Que la sociedad siempre ha obrado con total transparencia hacia los socios, facilitando todo tipo de información y documentación sobre las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011. 3.º) Que la difícil situación económica por la que atraviesa la sociedad hace casi imposible costar los costes que supone una auditoría.

III

El Registrador Mercantil número XIII de Barcelona, con fecha 25 de abril de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que la compañía solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que no procede admitir la oposición al nombramiento de auditor de cuentas. Por lo que se refiere a la alegación relativa a que sus administradores siempre han obrado con total transparencia hacia los socios de la misma, habiendo facilitado en todo momento cualquier tipo de documentación solicitada por estos, así como la información relativa a las cuentas anuales de la sociedad para su correspondiente aprobación, sin existir problema alguno en los anteriores años y hasta la fecha en este sentido; hay que indicar que 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 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, l de septiembre y 6 de octubre de 2010, entre otras. Por último, en cuanto a los costes asociados a la realización de una auditoría al atravesar la misma una difícil situación económica que podrían los mismos llegar a bloquear a la sociedad, hay que señalar, que el promotor del presente expediente ha optado por ejercer el derecho que le concede a su representada el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y lo que el legislador ha querido, y así lo señala expresamente el citado artículo 265.2, sin que quepa margen interpretativo alguno, es 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).

IV

Contra dicha resolución 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, 19 de junio de 2007, 3 de mayo de 2009 y de septiembre de 6 de octubre de 2010.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la primera cuestión plateada en el escrito de oposición y reiterada en el de recurso, cabe señalar que las sociedades que, en principio, pueden presentar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil sin la obligación de acompañarlas del informe de auditoría, pasan a estar obligadas cuando lo solicita un socio o un número de socios que reúnan las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, siendo, precisamente, éste el supuesto de hecho previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2.º En cuanto al conocimiento que el solicitante tiene de la situación de la empresa y la disponibilidad de la administración social para facilitarle los documentos contables del ejercicio 2011, se ha de indicar que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legal y reglamentariamente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3. Por último, se ha de señalar que el motivo de oposición fundado en las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, no puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Como ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….. y don ….., administradores de «La Carpa Sant Cugat, S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número XIII de Barcelona el 25 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, 5 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIII de Barcelona.

Resolución de 5 de abril de 2013 (3.ª)

En el expediente 197/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de unos socios de «I.T.V. La Roda, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., don ….., doña ….., doña ….., doña ….., don ….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Albacete, el 5 de junio de 2012 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales en la entidad mercantil «I.T.V. La Roda, S.L.»., con el fin de transmitirlas, ejercitando el derecho de separación del socio, reconocido por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Alegaron que a Junta general de la sociedad celebrada el 26 de mayo de 2012 decidió la aprobación de las cuentas anuales y la distribución de dividendos por la cantidad de 20264'70 euros que es una cantidad inferior al tercio de beneficios propios derivados de la explotación del objeto legalmente repartibles y obtenidos durante el ejercicio 2011. Adjuntaron a su escrito acta de la referida Junta general; acta de requerimiento a la sociedad, notificación y ejercicio del derecho de separación, de fecha 1 de junio de 2012, autorizada por la Notaria de la Roda, D.ª Josefina Quintanilla Moreno.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando, en esencia: 1.º) Que no puede aceptar el ejercicio del derecho de separación, al haberse actuado antes de la celebración de la Junta general de socios de 22 de junio de 2012, a la que están convocados los socios y que complementa a la ya celebrada. 2.º) Que en la Junta general de 26 de mayo de 2012, precisamente, se acordó la distribución de dividendos. 3.º) Que la Junta general de 22 de junio de 2012 analizará la ampliación de la actividad geográfica de la sociedad, así como de las inversiones necesarias, existiendo la posibilidad de acordar y fijar dividendos en especie.

III

A la vista de tal escrito el Registrador Mercantil de Albacete, con fecha de 18 de junio 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales e los solicitantes. Mantuvo que el Registrador Mercantil tiene competencia en este procedimiento para decidir si procede o no el nombramiento de auditor de cuentas, conforme a lo previsto en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil. En el caso que nos ocupa resulta obvia la procedencia del nombramiento solicitado, visto el contenido del artículo 348 bis) de la ley de Sociedades de Capital, existiendo en este expediente causa legal de separación; el saldo repartible después de contabilizar impuestos y la reserva obligatoria del ejercicio 2011 asciende a 124.242'24 euros y el tercio es superior a la cantidad de 20.264'70 euros; los socios votaron a favor de la distribución de dividendos en la Junta general de 26 de mayo de 2012 y notificaron fehacientemente a la sociedad el ejercicio del derecho de separación dentro del plazo legal. Frente a la negativa de la sociedad a reconocer el ejercicio del derecho de separación, la doctrina se inclina en reconocer que este derecho debe ser tutelado y no puede imponérsele a un socio la obligación de permanecer en la sociedad que no ha aprobado la distribución de dividendos de al menos un tercio de los beneficios propios obtenidos durante el ejercicio anterior de la explotación del objeto social que sean legalmente repartibles, dejando que el ejercicio del derecho sea determinado por la sociedad por el procedimiento de negar el conocimiento de dicho ejercicio que, evidentemente, ha sido ejercitado (Resolución DGRN de 17 de octubre de 2006). La referencia a la futura Junta general tampoco debe tenerse en cuenta, por que lo cierto es que es la Junta general ordinaria celebrada la que aprueba las cuentas y distribuye el resultado.

IV

Contra dicha resolución, don ….. Gil, en nombre y representación de la sociedad 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 reproducen e la presente instancia, sin necesidad de reiteración. Añadió: 1.º) Que en contestación al Acta notarial de notificación de los solicitantes, la sociedad contestó en otra, manteniendo que en dicha Junta General Ordinaria, se acordó el reparto de dividendos. Además de lo anterior ha sido convocada otra Junta General Extraordinaria a celebrar el día 22 de junio de 2012, lo que hubo de hacerse mediante burofax dada la negativa de los socios a quedar citados para la convocatoria reseñada en el mismo acto, tal y como recogió el notario interviniente en el levantamiento del acta de 26 de mayo d 2012. 2.º) Que dicha Junta General tuvo por objeto analizar la ampliación geográfica de la sociedad, lo que supondría la realización de inversiones que asumiría la propia entidad. 3.º) Que se comunicó a los requirientes que la entidad tiene un auditor externo que es la empresa «Cúspide Auditores, S.L.». 4.º) Que los socios solicitantes no pusieron en conocimiento del Registrador Mercantil todo lo acontecido en dicha Junta General Ordinaria de 26 de mayo de 2012, ni lo acaecido en la Junta General Extraordinaria de 22 de junio de 2012. Es más indicaron en su instancia que la sociedad no contestó a su requerimiento, lo que sin duda es, cuanto menos, inexacto. 5.º) Que el derecho de separación, en realidad, les fue denegado por incumplimiento de los requisitos exigidos para ello. 6.º) Que no se ha finalizado en el ámbito de la sociedad la aplicación de resultados contables del ejercicio anterior, dado que existe una pendencia de la Junta general Extraordinaria para analizar y decidir la ampliación del ámbito geográfico de la sociedad. 7.º) Que se hizo entrega a los socios solicitantes del informe de auditoría de

cuentas elaborado por «Cúspide Auditores, S.L.» y no fue impugnado en forma en el propio acto societario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 348 *bis)* y 353 de la Ley de Sociedades de Capital, 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 1993, 20 de enero de 1998 y, como más reciente, la de 2 de marzo de 2002, 17 de octubre de 2006.

Procede determinar en esta resolución si estamos o no en presencia de uno de los supuesto establecidos en la Ley para la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas con el fin de 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 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, como acertadamente señaló el Registrador Mercantil, acreditado en el expediente por la copia del Acta notarial de presencia, autorizada por el notario de Albacete, D. Antonio Cortés García, bajo el número 480 de su protocolo, el cumplimiento de los requisitos exigidos para el ejercicio del derecho de separación, fundado en el acuerdo de la sociedad, adoptado en la Junta General Ordinaria de 26 de mayo de 2012 de repartir dividendos en una cantidad inferior al tercio de los beneficios obtenidos durante el último ejercicio económico, que la ley prevé como límite para el ejercicio del derecho, ha quedado también acreditada la procedencia del nombramiento de auditor solicitado.

Así resulta del artículo 164.1 de la Ley de Sociedades de Capital y de los Estatutos de la sociedad que la Junta General Ordinaria debe ser convocada por los administradores con el fin de aprobar las cuentas del ejercicio anterior, aprobar la gestión de los administradores sociales y, en su caso, aplicar los resultados obtenidos y, por tanto, es la única que puede considerarse decisiva para determinar si existió o no la decisión sobre reparto de dividendos. Tal decisión se adoptó en los términos expresados en el punto tercero de la convocatoria, denominado «análisis y determinación de la distribución de resultados que arrojen las cuentas del 2011», siendo la clave para apreciarla –en contra de lo que la sociedad alega –la intervención del presidente aña-

diendo que «la justificación del paso del saldo final a reserva voluntaria es que la ITV tiene previstas inversiones que se discutirán en la próxima asamblea extraordinaria». Resulta evidente que si los solicitantes de la auditoría no hubieran comunicado a la sociedad el ejercicio del derecho de separación, no habrían podido hacerlo en la Junta General Extraordinaria, convocada ese mismo día para el 22 de junio de 2012, por el simple transcurso del plazo del mes que la Ley les concede para ejercitarlo y porque el único punto del orden del día se ciñó a debatir y decidir sobre la conveniencia de una ampliación futura.

Por último, debe indicarse que, aún cuando el artículo 348 bis) fue suspendido temporalmente por la Disposición transitoria única de la Ley 1/2012, de 22 de julio, de simplificación de obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, hasta el 31 de diciembre de 2014, dicha suspensión no es aplicable al caso presente, pues cuando los solicitantes ejercitaron el derecho de separación e incluso, con posterioridad, cuando presentaron su instancia en el Registro Mercantil para obtener el nombramiento registral de un auditor para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales, todavía estaba vigente el precitado artículo 348 bis), dado que la norma que acodó la suspensión entró en vigor el 24 de julio de 2012.

En su virtud, Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en representación de la entidad mercantil «I.T.V. La Roda, S.L.» contra la decisión Registrador accidental del Registrador Mercantil de Albacete, con fecha 18 de junio 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 abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 8 de abril de 2013 (1.ª)

En el expediente 166/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rodrisa Automóviles, S.L.».

HECHOS

I

Don …., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 28 de marzo 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 «Rodrisa Automóviles, 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 ……., cuya representación acredita por escritura de poder general, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la sociedad procedió a firmar el 26 de diciembre de 2006 un contrato de prestación de servicios con la firma auditora «Vals & Time, S.L.» para llevar a cabo los trabajos de auditoría para los ejercicios 2011 a 2013. Adjuntaba a su escrito copa simple de la escritura de elevación a público del contrato de auditoría de 28 de diciembre de 2011, autorizada por el notario de Madrid, D. Jesús Roa Martínez, bajo el número 2599 de su Protocolo.

III

Mediante diligencia para mejor proveer la Registradora Mercantil de Madrid, el 17 de abril de 2012, requirió a la sociedad para que procediera a la entrega al socio del referido informe de auditoría, procediera a la inscripción del nombramiento o bien procediera a su incorporación al expediente. A dicho requerimiento la sociedad contestó 4 de mayo de 2012 incorporando al expediente el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2011.

IV

La Registradora Mercantil número VIII de Madrid, con fecha 10 de mayo de 2012, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad concurren las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En el caso presente, la sociedad ha acreditado que el contrato de auditoría fue previo a la solicitud del socio minoritario y, asimismo, ha garantizado su derecho al informe de auditoría de cuentas mediante su incorporación al expediente.

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

el contrato de auditoría no ha sido aprobado ni informado por la Junta general, en contra de lo dispuesto en el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que no es más que una revisión contable del ejercicio 2011. 2.º) Que el órgano de administración ha privado a la sociedad de su derecho a participar en el 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.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, sobre la primera alegación del recurrente cabe señalar que en las sociedades no obligadas a la verificación tanto a Junta general como el órgano de administración social pueden realizar el nombramiento de auditor de cuentas, dado que se trata de un acto de administración y gestión. Solo las sociedades que no pueden presenta sus cuentas en el Registro Mercantil en forma abreviada y que, por tanto, están obligadas a acompañarlas del informe de un auditor de cuentas, deben respetar las normas de competencia y observar los plazos para efectuar el nombramiento de auditor previstos 264 y 265.1 de la Sociedades de Capital.

2.º En segundo lugar, procede confirmar la resolución de la Registradora Mercantil sobre la no procedencia del nombramiento solicitado por la minoría, puesto que la sociedad, en el nombramiento voluntario de auditor, ha acreditado reunir las dos condiciones exigidas por esta Dirección general para enervar el derecho del socio. En efecto, el nombramiento voluntario fue previo a la solicitud del socio y así quedó acreditado en el expediente mediante la aportación al mismo de copia simple de la escritura pública de 28 de diciembre de 2011, autorizada por el notario de Madrid, D. Jesús Roa Martínez, bajo el número 2599 de su Protocolo que documenta el contrato de auditoría con la firma auditora. En segundo lugar ha quedado también garantizado el derecho del socio al informe de auditoría, dado que éste fue aportado al expediente el 4 de mayo de 2012.

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 «Rodrisa Automóviles, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil número VIII de Madrid el 10 de mayo 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 recla-

mación administrativa, de conformidad con 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 abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VIII de Madrid.

Resolución de 8 de abril de 2013 (2.ª)

En el expediente 167/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Transportes Vinumar, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Albacete, el 27 de marzo 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 «Transportes Vinumar, 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: 1.º) Que el solicitante no indicó de forma correcta la razón social de la empresa. 2.º) Que el órgano de administración de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo a Doña María José Gómez Escribano., dichos acuerdos se encuentran suspendidos y pendientes de anotación preventiva. 3.º) Que el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil originaría a la sociedad un importante perjuicio económico.

III

Mediante diligencia para mejor proveer el Registrador Mercantil de Albacete, el 10 de abril de 2012, requirió a la sociedad para que procediera a presentar en el registro la documentación de la que resulta el nombramiento voluntario de auditor de cuentas, así como el cumplimiento de las condiciones exigidas por la Dirección general para garantizar al socio el derecho al informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2011. A dicho requerimiento la sociedad contestó mediante escrito presentado en el Registro el 25 de

abril de 2012, al que adjuntó copia del contrato de auditoría de 15 de marzo de 2012 firmado por la auditora de cuentas el 18 de abril de 2012, sin firmas legitimadas, ni constancia de fecha fehaciente.

IV

El Registrador Mercantil de Albacete, con fecha 26 de abril 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 no podía prosperar la alegación sobre la falta de indicación del domicilio social de la compañía en la instancia, dado que conforme al artículo 359 del RRM los solicitantes podrán solicitar del Registrador del domicilio social el nombramiento de auditores y suplentes y, en cuanto a la no indicación correcta de la razón social, indicó que la forma abreviada «ttes», es la forma usual y corriente de denominar e identificar la palabra «transportes». En cuanto al nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En el caso presente, la sociedad no ha probado la fehaciencia de la fecha y, en segundo lugar tampoco ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría.

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. Insistió en que la falta de indicación del domicilio social en la instancia es un defecto de forma comparable a la omisión de los propios datos del peticionario o de la razón social 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 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar como cuestión meramente formal, que este procedimiento de nombramiento registral de auditor, regulado en el Reglamento del Registro Mercantil y supletoriamente, en todo lo no previsto en este cuerpo reglamentario en la Ley de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, está caracterizado por su antiformalismo, con el fin de facilitar a los socios minoritarios el ejercicio del derecho y a la sociedad la alegación de posibles causas de oposición, siendo suficiente que conste de manera clara la razón social de la compañía y que se dirija o presente en el Registro del domicilio social. En el caso presente, el solicitante incluyó el apócope «ttes» que es la forma abreviada de identificar esta actividad mercantil, junto con el elemento identificador del conjunto que compone la denominación social de la compañía que es el término «Vinumar, S.A.», además del tomo, folio y hoja registral de la compañía, lo que permitió la perfecta identificación registral de la empresa para la que se solicitó la auditoría de cuentas.

2.º La cuestión de fondo planteada no es otra que la de determinar cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital la de reforzar la posición jurídica 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, la documentación que contiene el nombramiento y la aceptación del auditor carecen de fecha fehaciente, siendo la primera que consta la de presentación en el Registro y, por tanto, no puede mantenerse que fuera previo a la instan-

cia del socio minoritario *(cfr.* artículo 1227 del Código Civil). Tampoco ha garantizado al socio minoritario el derecho al informe de auditoría de cuentas del 2011 por ninguno de los medios anteriormente indicados, por lo que debe reconocérsele su derecho 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 «Transportes Vinumar, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Albacete el 26 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, 8 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Albacete.

Resolución 8 de abril de 2013 (3.ª)

En el expediente 169/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Duvalais Distribución, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Duet Barcelona, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 29 de marzo de 2012 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 25'85% del capital social de «Duvalais Distribución, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de doña ….., representante de «OA-UM Holding, S.L.» y doña ….., representante de la mercantil «Saurina Pallarol, S.L.», actuando ambas compañías en calidad

de administradoras mancomunadas de la sociedad, se opuso a dicha solicitud, alegando, en síntesis: 1.º) Que la entidad mercantil solicitante ha ejercido con plenitud el cargo de administrador mancomunado de la sociedad «Duvalais, Distribución, S.L.». Tanto esa sociedad como su administrador conocen perfectamente los estados contables-financieros de la compañía, por lo que no está legitimado para realizar la solicitud de nombramiento de auditor. 2.º) Que debido a que la situación actual de «Duvalais, S.L.», con importantes pérdidas en el 2010, no se puede ni debe permitir el hacer frente a los gastos que supondrían los honorarios de un auditor, por lo que no se debería proponer o motivar gastos superfluos y aún menos se debería conceder que personas involucradas en la gestión de la sociedad, como es «Duet Barcelona, S.L.» y el propio Sr. ….., promuevan el desembolso de gastos totalmente innecesarios como el presente nombramiento de un auditor. 3.º) Que el solicitante ha tenido siempre a su disposición, como socio y administrador, cualquier documentación y acceso a la información de las cuentas de 2011 y siempre que lo ha requerido se le ha informado al respecto; además se considera que el derecho de solicitar el nombramiento de un auditor se debe ejercitar por y para las partes que se consideren minoritarias, que no es el caso de «Duet Barcelona, S.L.», la cual cuenta con un 45% del capital social y es administrador activo de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil número XVII de Barcelona, con fecha 18 de abril de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que la compañía solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que la representación social alega que la mercantil solicitante «Duet Barcelona, S.L.» y el administrador de la misma, don ….., han ejercido con plenitud el cargo de administrador mancomunado de la sociedad «Duvalais, S.L.», conociendo perfectamente los estados contables-financieros de la compañía, por lo que no está legitimado para la presente solicitud de auditor. Cabe indicar, al respecto, 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 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. Sin embargo, en el presente supuesto ha quedado probado por los datos que constan del Registro que la mercantil «Duet Barcelona, S.L.» es, junto con las sociedades «OA-UM Holding, S.L.» y «Saurina Pallarol, S.L.», administrador mancomunado de la sociedad afectada y, en consecuencia, «Duet Barcelona, S.L.» no pudo contratar por si mismo un auditor de cuentas estando, por tanto, plenamente legitimado por su condición de socio para el ejercicio de este derecho (pueden verse en este sentido las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 27 de febrero de 2009,11 de mayo y 26 de agosto de 2010, entre otras). En cuanto a la manifestación de la sociedad de que tiene conocimiento de los estados contables de la misma; habiendo tenido siempre a su disposición, como socio y administrador, cualquier documentación y acceso a la información de las cuentas de 2011 y siempre que lo ha requerido se le ha informado al respecto; hay que señalar que, que 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 26S.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. Respecto a la consideración de la oponente relativa a que el derecho de solicitar el nombramiento de un auditor se debe ejercitar por y para las partes que se consideren minoritarias, que no es el caso de «UET Barcelona, S.L.» la cual cuenta con un 30% del capital social y es administrador activo de la sociedad, solo cabe decir que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece el requisito de legitimación y tiempo para solicitar el nombramiento registral de auditor, exigiendo que quien o quienes lo solicitan reúnan al menos el 5% de capital social sin que en modo alguno, excluya solicitudes formuladas por quiénes reúnan porcentajes de capital superiores. En consecuencia, no se exige que el solicitante sea minoritario, sino que reúna, al menos, el 5% del capital social. Por último, en cuanto a la alegación relativa a la imposibilidad de asumir los costes de la auditoría por parte de la sociedad «Agna, S.L.» debido a la actual situación económica en que se encuentra, hay que señalar, que el promotor del presente expediente ha optado por ejercer el derecho que le concede el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y lo que el legislador ha querido, y así lo señala expresamente el citado artículo 265.2, sin que quepa margen interpretativo alguno, es 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).

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadieron: 1.º) Que no debe utilizarse la letra de la ley para ir en contra de su espíritu y, en el caso presente, ni la entidad mercantil es socia minoritaria ni desconoce la situación de la sociedad. 2.º) Que el solicitante de la auditoría no ha actuado de buena fe al solicitar el nombramiento de auditor 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, 3 de mayo de 2009, 11 de mayo, 26 de agosto y 6 de octubre de 2010.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la primera cuestión plateada en el escrito de oposición, cabe recordar la doctrina mantenida por este Centro Directivo, 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 –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.

2.º Sobre la alegación que cuestiona el derecho del solicitante por tener conocimiento exacto y puntual de la situación de la sociedad, como indicó el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido, 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 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 Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe de la entidad mercantil solicitante, por el hecho de entender necesaria la auditoría pues, como ha mantenido este Centro Directivo, el limitado ámbito de conocimiento que el Reglamento del Registro Mercantil atribuye 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.* artículos 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, se ha de rechazar el motivo de oposición relativo a las dificultades económicas de la sociedad para costear los gastos de la auditoría, puesto 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 del socio minoritario a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., representante de «OA-UM Holding, S.L.» y doña ….., representante de la mercantil «Aurina Pallarol, S.L.» actuando ambas compañías en calidad de administradoras mancomunadas de «Duvalais Distribución, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número XVII de Barcelona el 18 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, 8 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XVII Barcelona.

Resolución de 9 de abril de 2013 (1.ª)

En el expediente 168/12 sobre recusación de auditor nombrado por el Registrador Mercantil para la empresa «Laboratorio de Prótesis E. Mariñas, S.L.».

HECHOS

I

En la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas, solicitado por doña ….. para verificar las cuentas del ejercicio 2011 de la sociedad «Laboratorio de Prótesis E. Mari-

ñas, S.L.», el Registrador Mercantil de Pontevedra, el 4 de abril de 2012 declaró la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría, al reunir el solicitante los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos y no existir oposición de la sociedad afectada por dicha solicitud.

II

Por resolución de 3 de mayo de 2012 el Registrador Mercantil de Pontevedra acordó designar auditor de cuentas a don ….., de la empresa auditora «Grupo C&O Auditores, S.L.» que aceptó en esta misma fecha el nombramiento.

III

El 8 de mayo de 2012 don ….., en nombre y representación de la sociedad «Laboratorio de Prótesis E. Mariñas, S.L.». presentó un escrito en la oficina de correos, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra en el que alegaban, en esencia: 1.º) Que la entidad mercantil auditora designada por el Registrador remitió a la sociedad una carta, por medio de fax, en la que solicitaba una provisión de fondos de 4000 euros por la realización de la auditoría de cuentas. 2.º) Que la sociedad considera excesivos los honorarios del auditor y por ello solicita la anulación de la designación y el consiguiente nombramiento de un nuevo auditor.

IV

Trasladado dicho escrito al auditor de cuentas, don ….., éste manifestó, en defensa de la provisión de honorarios solicitada, que se ajustó a lo establecido en las Normas Técnicas de Auditoría aprobadas por el ICAC y a lo establecido en la Ley de Auditoría de Cuentas, en relación con lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital y Reglamento del Registro Mercantil. Manifestó, asimismo, que no procede la recusación de su nombramiento puesto que no se ha demostrado por parte de la sociedad causa legítima de recusación.

V

El Registrador Mercantil de Pontevedra, con fecha de 22 de mayo de 2012, acordó desestimar la pretensión de la sociedad, al entender que conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, al procedimiento de recusación es aplicable el artículo 342 del Reglamento del Registro Mercantil para los expertos independientes, por disponerlo el artículo 364 del propio texto reglamentario, así como la aplicabilidad del artículo 343 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, también por aplicación del artículo 341 del Reglamento del Registro Mercantil, conforme a estas normas, las causas de recusación están tasadas por su remisión a la legislación procesal civil y, por tanto, no pueden prosperar las alegaciones que formula la sociedad en su escrito: Para recusar a un auditor de cuentas nombrado por el procedimiento previsto en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil, es preciso la concurrencia de causa legítima, en el sentido del artículo 344 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La mera apreciación de que los honorarios son excesivos, sin referencia a parámetro alguno, no puede considerarse causa legítima de recusación. En relación a la petición de la sociedad de que se designe un auditor domiciliado en Galicia, cabe decir: 1.º) Que en el listado de auditores correspondiente a la circunscripción territorial del Registro Mercantil de Pontevedra, figura como auditor don ….., inscrito en el ROAC con el número 17003 y domiciliado en Vigo. 2.º) Que, al resultar procedente el nombramiento registral solicitado, el audi-

tor a designar por el Registrador Mercantil tiene que serlo necesariamente por el sistema reglado, establecido en el artículo 355 y 356 Reglamento del Registro Mercantil, que el Registrador no puede eludir (R.D.G.R.N. de 23 y 28 de septiembre de 2009).

VI

Con fecha de 1 de junio de 2012 se presentó en la oficina de correos y dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra un escrito del auditor de cuentas poniendo en conocimiento del Registrador Mercantil de Pontevedra que la sociedad no le ha facilitado la documentación contable correspondiente al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2011, pese a haber sido requeridos sus administradores mediante carta certificada. Por lo cual, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas y en la contestación a la Consulta número 5 del ICAC, no cabe la emisión del informe de auditoría de cuentas, dado que no se ha facilitado la documentación pertinente.

VII

Con fecha de 8 de junio de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un escrito de don ….., en nombra y representación de la sociedad, «Laboratorio de Prótesis E. Mariñas, S.L. reiterando su petición de anulación de la designación del auditor por haber solicitado una provisión de fondos sin conocer cual sería el alcance de los trabajos y porque, personado en las oficinas del referido auditor de cuentas se le informó que no ejerce en Vigo, sino en Madrid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de junio de 1995, 4 de febrero de 1998, 21 de enero de 1999, 11 de febrero de 2005, 5 de noviembre de 2009 y 12 de 2010.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad. En efecto, para que la recusación de auditor planteada por la sociedad pudiera prosperar habría sido necesario invocar y justificar la concurrencia de «causa legítima» tal como resulta de los artículos 342 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, aplicable también a la recusación de auditores de cuentas por la remisión que a los mismos realiza el artículo 362 del mismo cuerpo reglamentario, siendo así que como ha mantenido este Centro Directivo, la mera apreciación por parte de la sociedad de que los horarios solicitados por el auditor son excesivos, sin hacer referencia a parámetro alguno para su cálculo, no puede considerarse causa legítima de recusación.

Tampoco puede considerase causa legítima para su recusación, la solicitud por parte del auditor de cuentas de una provisión de fondos pues, en contra de

lo que la sociedad entiende, sí es una práctica habitual entre los profesionales del sector, la solicitud de fondos al inicio de los trabajos de auditoría, deduciéndolos del precio total a la finalización de los trabajos, de tal manera que no vulnera lo dispuesto en el artículo 362 del Reglamento del Registro Mercantil sobre retribución de los auditores, ya que los honorarios estimados como provisión de fondos se ajustan a lo dispuesto en las Normas Técnicas de Auditoría.

2.º Sobre el lugar de prestación de servicios profesionales del auditor de cuentas designado, cabe señalar que el Reglamento del Registro Mercantil permite que los auditores que tienen oficina o despacho abierto en distintas circunscripciones territoriales puedan figurar en las listas correspondientes a cada una de ellas. Por todo ello, se ha concluir que el Registrador Mercantil cumplió con su obligación de efectuar la designación conforme al procedimiento reglado, previsto en el artículo 355 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 la sociedad, «Laboratorio de Prótesis E. Mariñas, S.L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Pontevedra el 22 de mayo 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, 9 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 9 de abril de 2013 (2.ª)

En el expediente 172/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Eurostocks Perfums, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, 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 de más del 33% del capital social de «Eurostocks Perfums, 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 escrito fotocopia de copia de escritura de compraventa de participaciones sociales, otorgada el 17 de septiembre de 2009 Y autorizada por el notario de Barcelona D. Francisco de Paula Polo Ortí.

II

La sociedad, a través de su administración única, don …., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que mediante burofax de 15 de marzo de 2012 el socio minoritario solicitó la convocatoria de Junta General Extraordinaria con el fin de acordar el nombramiento de un auditor de cuentas. 2.º) Que a consecuencia de tal petición la compañía ha convocado a la Junta general de socios que se celebrará el 21 de junio de 2012.

III

El Registrador Mercantil número XV de Barcelona, con fecha 23 de abril 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, en cuanto a la alegación de que la sociedad procedería a nombrar auditor en la próxima Junta general que, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, para que el nombramiento voluntario realizado por la sociedad pueda enervar el derecho del socio solicitante pueda enervar el derecho del socio 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, no se han cumplido ninguna de estas dos condiciones, dado que la Junta General que procederá a nombrar auditor de cuentas será, obviamente, posterior a su solicitud de la minoría.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando que la sociedad ya ha realizado los actos necesarios para designar auditor de cuentas.

V

Por oficio con entrada en el Registro General de este Departamento ministerial el 15 de mayo de 2012, el Registrador Mercantil elevó a este Centro Directivo un nuevo escrito de la sociedad, ampliatorio del de alzada, al que adjuntó copia del acta de la Junta general de 21 de julio de 2011 en la que se procedió a nombrar auditor de cuentas a don …

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.

Procede confirmar el fundamento jurídico único de la resolución recurrida. En efecto, como ha mantenido este Centro Directivo para que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas efectuado por la sociedad pueda enervar el derecho del socio debe reunir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

En el caso presente, de las propias manifestaciones de la sociedad se desprende que el nombramiento de auditor alegado no fue previo a la solicitud de la minoría, dado que se acordó en la Junta general de 21 de junio de 2012, es decir, tres meses después a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando el nombramiento por el Registrador, por tanto, debe serle reconocido el ejercicio del derecho que solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador único de «Eurostocks Perfums, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XV de Barcelona el 23 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, 9 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de número XV de Barcelona.

Resolución de 9 de abril de 2013 (3.ª)

En el expediente 171/12 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Mecanizaciones San Miguel, S.L.».

HECHOS

I

D.ª .., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Vizcaya el 28 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, como titular de más del 5% del capital social de «Mecanizaciones San Miguel, S.L.» el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Falta de legitimación de la solicitante por no ostentar dicho capital social, como ella misma reconoce, dado que se produjo una ampliación de capital social, en la que no deseó participar; con lo cual su participación quedó reducida a una cifra inferior tal y como consta en el registro mercantil. Es cierto que existe un procedimiento judicial en virtud del cual se ha producido un auto derivado de unas medidas cautelares, por el cual se suspendió provisionalmente el acuerdo de ampliación de capital, pero también lo es que se trata de una decisión provisional, quedando a la espera de la celebración de la vista del procedimiento principal fijada para el 13 de junio del presente año. 2.º) Que la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre esta cuestión, manteniendo que cuando existe controversia sobre la titularidad de acciones, o sobre su porcentaje de capital social, se espera siempre al final del proceso, como indica la resolución de 25 de mayo de 1991. 3.º) Que la realización de la auditoría podría representar un perjuicio para la sociedad que vería afectada su contratación con terceros en base a tal publicidad. En el caso de autos además, la indicación de la petición de una socia minoritaria de una auditoría en el Registro, haría público frente a terceros la existencia de una demanda solicitando la nulidad de la ampliación, con lo cual la confianza de terceros en la empresa y sus cuentas, quedaría claramente minorada, en estos tiempos de gran incertidumbre económica en una empresa que ha atravesado hasta por tres ERES para sus nueve trabajadores.

III

El Registrador Mercantil de Vizcaya, con fecha 28 de abril de 2012, acordó estimar la solicitud presentada por la minoría, al entender que el litigio pendiente ante los Tribunales en cuanto a un aumento de capital no inscrito en el Registro Mercantil no puede paralizar el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la LSC. RDGN 10-4-96. El porcentaje de participación del capital social necesario para solicitar el nombramiento de auditor debe computarse al momento de la solicitud sobre el capital que en tal momento

consta inscrito en el Registro Mercantil (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 15-1-2).

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. Añadió que la escritura de ampliación de capital social, aunque no llegó a inscribirse, se presentó en el Registro Mercantil antes de que la peticionaria presentara su instancia solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas.

V

Con fecha de 26 de marzo de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registro Mercantil de Vizcaya, la que adjuntó la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Vizcaya de 13 de julio de 2012 que estimó íntegramente la pretensión de la demandante y solicitante de la auditoría de cuentas, doña ….. Galindo Puertas, contra la sociedad, anulando el acuerdo de ampliación de capital social de 19 de octubre de 2011. Asimismo, se adjuntó el Auto de aclaración de la sentencia y corrección de error material de 1 de octubre de 2012.

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 5 de julio de 2010.

No puede prosperar en el presente expediente la pretensión de la sociedad de suspender el acuerdo de nombramiento de auditor de cuentas hasta que no adquiera firmeza la sentencia de 13 de julio de 2012, por la que el Juez anula el acuerdo adoptado por la Junta general el 19 de octubre de 2011 de ampliación de capital social, pues aunque dicho acuerdo no hubiera sido impugnado ante la jurisdicción ordinaria por la socia minoritaria, es doctrina reiterada de este Centro Directivo, fundada en los artículos 296 314 y 315 de la Ley de Sociedades de Capital, que para que la ampliación de capital social pueda producir sus efectos frente a terceros –y, en este caso, la socia minoritaria lo es– es requisito imprescindible que dicho acuerdo esté documentado en escritura pública e inscrito en el Registro Mercantil, porque solo así puede atenderse a la finalidad de los principios vertebradores de las sociedades de capital y de este mismo artículo de dar transparencia, mediante la publicidad regis-

tral, a la cifra de capital social inscrita. Y ello, en garantía de acreedores y de terceros relacionados con la sociedad.

En el caso presente cuando la solicitante presentó su instancia en el Registro Mercantil, el referido acuerdo social no había sido inscrito en el Registro y, por tanto, la peticionaria ostentaba el porcentaje de capital que alegó en su instancia. Pero, por si lo expuesto fuera insuficiente, la referida sentencia de 13 de julio de 2012, del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao, acuerda estimar la pretensión de la actora y solicitante de la auditoría de cuentas, doña …..., declarando la nulidad de la referida ampliación de capital social.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., administradora única de «Mecanizaciones San Miguel, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Vizcaya el 28 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, 9 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Vizcaya.

Resolución de 10 de abril de 2013 (1.ª)

En el expediente 174/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de unos socios de «Comercio, Transportes y Auxiliares, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., don ….. y doña ….., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de A Coruña el 17 de abril 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 participaciones sociales que poseen en la entidad mercantil «Comercio, Transportes y Auxiliares, S.L.», con el fin de ejercitar el derecho de separación

de la sociedad. Adjuntaban a su solicitud acta notarial de la Junta de 15 de octubre de 2011 autorizada por el notario de Pontedeume, D. Alvar Quintanilla López Tafall, bajo el número 1581 de su protocolo.

II

Notificada dicha solicitud a la sociedad, la Presidenta del Consejo de Administración, Doña Carmen Valiño García, 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. 2.º) Que del acta notarial aportada por los solicitantes como fundamento de su petición se deduce que éstos no votaron a favor de la distribución de la aplicación del resultado.

III

El Registrador Mercantil de A Coruña, con fecha de 8 de mayo de 2012, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, sobre la base de que en la Junta general de socios no se solicitó la distribución de dividendos, según resulta del acta notarial, por lo que resulta incongruente el escrito que dirigen con posterioridad a la sociedad solicitando el ejercicio del derecho de separación. Entendió que este derecho debe ejercitarse en la próxima Junta General.

IV

Contra dicha resolución los solicitantes de la auditoría, doña ….., don …..y doña ….. interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: Que los socios que solicitan la auditoría de cuentas en el segundo de los asuntos del orden del día «Examen y, en su caso, aprobación de la propuesta de resultado» votaron en contra de que se aplicasen los resultados a las reservas y solicitaron que se repartiesen dividendos. Adjuntaban a su escrito acta de manifestación autorizada por el notario de Pontedeume, D. Alvar Quintanilla López Tafall, de 25 de mayo de 2011, en la que el Sr. ….., representante de doña ….. manifestó que en la Junta General de 15 de octubre de 2011 de la entidad mercantil «Comercio, Transportes y Auxiliares, S.L.» actuó en nombre y representación de Doña Elina del Rosario Rey Valiño. Manifestó que la reunión de la Junta celebrada aquel día se grabó mediante un dispositivo de audio, sin advertir de ello al notario autorizante. El compareciente entregó al notario el archivo de audio que contiene una copia de la grabación para que transcriba en este Acta las manifestaciones realizadas por los socios en la referida Junta General de la compañía, durante el punto segundo del orden del día, que se recogen en el archivo de audio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos, 190, 348 bis), 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 reciente, la de 2 de marzo de 2002, 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.

Los solicitantes del nombramiento registral de auditor invocan el artículo 348 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital para fundar el derecho a separarse de la sociedad y, por ende, su derecho a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, sobre la base del acuerdo de aplicación de resultados, adoptado por la Junta General de la compañía celebrada el 15 de octubre de 2011 y documentado en el acta notarial que relaciona los asuntos tratados en dicha junta, incluido el punto segundo, relativo a la aplicación de resultados, siendo todos ellos aprobados por el 79'7718 de capital, excepto por la parte de capital correspondiente a doña ….., don ….. y doña ….., que votaron en contra de todos ellos.

Para resolver la cuestión planteada se ha de comenzar señalando que dicho precepto legal, 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 razón que llevó al legislador a introducir esta causa de separación fue, básicamente, la de amparar el derecho de las minorías de sociedades de capital que por regla general, son ajenas a la gestión y administración, configurando el derecho de los socios minoritarios a separarse de la compañía cuando el/los socios mayoritarios se nieguen a la distribución de, al menos, una parte de los beneficios obtenidos, mientras que el socio mayoritario –a veces, sin justificación suficiente– los ha percibido indirectamente por otros medios (como puede ser las retribuciones de los administradores).

Para que concurra la causa de separación social del artículo 348 bis) el legislador exige, en primer lugar, que la sociedad lleve, al menos cinco años inscrita en el Registro Mercantil, es decir, desarrollando la actividad comercial y empresarial propia de su objeto social, presupuesto que concurre en el caso presente; en segundo lugar que existan beneficios producidos en el ejercicio económico, generados por la explotación del objeto social de la compañía; que exista un acuerdo de la Junta General que no contemple la distribución de dividendos, ni siquiera de un tercio de los beneficios; y, por último, que el socio o socios que no votó a favor de dicho acuerdo adoptado por la mayoría ejercite su derecho de separación en el plazo de un mes desde la reunión de dicha Asamblea general. Así resulta del tenor literal del artículo que dispone: 1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales 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.

Y continúa su número dos, estableciendo: 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

En el caso presente, del acta autorizada por el notario de Pontedeume, D. Alvar Quintanilla López Tafall, bajo el número 1581 de su protocolo, no se deduce en que términos se debatieron los distintos asuntos del orden del día, ni cual fue el acuerdo concreto aprobado por la mayoría respecto del resultado obtenido en el ejercicio económico, sino que dicha acta se limita a relacionar las cinco propuestas sometidas a votación, así como el resultado de la misma que fue la aprobación por la mayoría del capital social de todos los puntos sometidos a votación y el voto en contra de los socios que en este expediente solicitaron el nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales que poseen, a fin de ejercitar su derecho de separación.

En cambio, de la restante documentación que consta en el expediente sí se deduce, ineludiblemente, que en el punto segundo del orden del día de la Junta general de 15 de octubre de 2011, relativo a la aplicación de resultados, la mayoría del capital acordó imputar dichos resultados a las reservas, con el voto en contra de los solicitantes del nombramiento de auditor de cuentas. Por tanto, debe serles reconocido, en base al fundamento jurídico que alegaron, el derecho al nombramiento de auditor por el registrador mercantil, dado que, en contra de lo que la sociedad entiende, el precepto legal invocado, el artículo 348 bis) del la Ley de Sociedades de Capital, no exige al socio que haya votado en contra del acuerdo de no repartir beneficios, el comunicar en esa misma Junta General su decisión de separarse de la compañía, ni tampoco les exige que insten a la administración social para la inclusión de un nuevo punto del orden del día que, expresamente, indique «reparto de dividendos»

sino que, por el contrario, establece que habrán de votar en contra de la propuesta que niegue, aunque sea implícitamente, el reparto de dividendos y que habrán de comunicarlo a la sociedad en el plazo de un mes, como así lo hicieron los solicitantes y recurrentes.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., don ….. y doña ….., solicitantes del nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor de sus participaciones sociales en «Comercio, Transportes y Auxiliares, S.L.» y anular la Resolución del Registrador Mercantil de A Coruña de 8 de mayo 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 abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 10 de abril de 2013 (2.ª)

En el expediente 173/12 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Forn De Pa de La Mercé, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 15 de febrero de 2012, solicitando, como titular de un número de participaciones equivalentes al 5% del capital social de «Forn de Pa de La Mercé, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

II

Mediante diligencia para mejor proveer el Registrador Mercantil número III de Barcelona, requirió al solicitante para que aclarara si su solicitud se fundaba en el artículo 265.1

de la Ley de Sociedades de Capital –en cuyo caso debería aportar certificación del órgano de administración con firmas legitimadas, acreditando que la sociedad está obligada a la verificación contable– o en el 265.2 de dicha Ley –en cuyo caso habrá de aportar documentación acreditativa del porcentaje de capital social que le legitiman para ejercitar el derecho–. A dicho requerimiento el solicitante contestó mediante escrito de 20 de marzo de 2012, manifestando que solicitó la auditoría, en base al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y adjuntando a su escrito fotocopia copia simple de escritura de compraventa de participaciones sociales, autorizada el 11 de junio de 2007 por el notario de Barcelona, D. Enrique Jaim Ventura Paradinas.

III

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta no formuló oposición a la auditoría de cuentas solicitada por la minoría.

IV

El Registrador Mercantil número III de Barcelona resolvió, con fecha 2 de mayo de 2012, desestimar la solicitud formulada por el socio minoritario. Mantuvo que, aún cuando la sociedad no presentó oposición al nombramiento de auditor, el Registrador Mercantil debe analizar de oficio todas las cuestiones que planteé el expediente, hayan sido o no alegadas por los interesados. En el caso presente, en la hoja abierta la sociedad consta que, si bien es cierto que el solicitante reúne las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, también lo es que ha ostentado la administración solidaria. Así, de la inscripción número 5 de la hoja abierta a la sociedad resulta que el solicitante, don …..y doña ….. ejercieron la administración solidaria, por tanto, se plantea la cuestión de si la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador solidario puede impedir que ejercite el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas. Sobre dicha cuestión la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que la concurrencia en el socio de la condición administrador 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 el caso presente, el solicitante ha ejercido y ejerce la administración social, siendo así que por sí mismo pudo contratar los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración.

V

Contra dicha resolución don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que si en su condición de administrador solidario no ha procedido al nombramiento de auditor de cuentas es porque tiene importantes razones para ello. 2.º) Que lo que pretende es un plus de efectividad en el nombramiento de auditor de cuentas. A favor de esta posibilidad cabe recordar la STS de 9 de mayo de 2001. 3.º) Que si bien es cierto que un administrador solidario puede proceder a nombrar auditor de cuentas, no lo es menos que el otro adminis-

trador solidario puede proceder a su revocación. Finalizaba su escrito solicitando la revocación de la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 42 del Código de Comercio, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2005 y, como más recientes, la de 9 de diciembre de 2008, la de 21 de abril de 2009 y 1 de septiembre de 2010.

La única cuestión que platea el presente recurso se centra en determinar si el socio que ostenta la condición de administrador solidario de la compañía puede o no solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas anuales del último ejercicio vencido.

Sobre esta cuestión, este Centro Directivo ha mantenido que el hecho de que el socio minoritario ostente la condición de administrador social no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, propietario de un porcentaje de capital social no inferior al 5%. Esto solo ocurriría si durante el ejercicio económico para el que solicita la auditoría hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ostentado la administración solidaria, porque en este último caso, habría podido contratar por si mismo los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración.

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que, como alega el solicitante de la auditoría, ejerce la administración solidaria de la compañía junto con otra administradora, siendo así que el ejercicio de este cargo de administrador le brinda la oportunidad de contratar los servicio de un auditor para verificar las cuentas de la empresa, si considera conveniente disponer de un informe de auditoría.

Por tanto, procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil número III de Barcelona, pues no se estima conforme a derecho desencadenar una actividad registral, administrativa, o judicial con el fin de obtener lo que ha estado en la capacidad de quien lo solicita y dentro de su esfera de actuación personal.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Forn de Pa de La Mercé, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número III de Barcelona el 2 de mayo 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, significándo-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número III Barcelona.

Resolución de 10 de abril de 2013 (3.ª)

En el expediente 175/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de unos socios de «Manuel Rey Automóviles, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., don ….. y doña ….., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de A Coruña el 17 de abril 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 participaciones sociales que poseen en la entidad mercantil «Manuel Rey Automóviles, S.A.», con el fin de ejercitar el derecho de separación de la sociedad. Adjuntaban a su solicitud acta notarial de la Junta de 15 de octubre de 2011 autorizada por el notario de Pontedeume, D. Alvar Quintanilla López Tafall, bajo el número 1574 de su protocolo.

II

Notificada dicha solicitud a la sociedad, la Presidenta 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. 2.º) Que del acta notarial aportada por los solicitantes como fundamento de su petición se deduce que éstos no votaron a favor de la distribución de la aplicación del resultado.

III

El Registrador Mercantil de A Coruña, con fecha de 8 de mayo de 2012, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, sobre la base de que en la Junta general de socios no se solicitó la distribución de dividendos, según resulta del acta notarial, por lo que resulta incongruente el escrito que dirigen con posterioridad a la sociedad solicitando el ejercicio del derecho de separación. Entendió que este derecho debe ejercitarse en la próxima Junta General.

IV

Contra dicha resolución los solicitantes de la auditoría, doña ….., don ….. y doña ….. interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: Que los socios que solicitan la auditoría de cuentas en el segundo de los asuntos del orden del día «Examen y, en su caso, aprobación de la propuesta de resultado» votaron en contra de que se aplicasen los resultados a las reservas y solicitaron que se repartiesen dividendos. Adjuntaban a su escrito acta de manifestación autorizada por el notario de Pontedeume, D. Alvar Quintanilla López Tafall, de 25 de mayo de 2011, en la que el Sr. don ….., representante de doña ….. manifestó que en la Junta General de 15 de octubre de 2011 de la entidad mercantil «Manuel Rey Automóviles, S.A.» actuó en nombre y representación de doña ….. Manifestó que la reunión de la Junta celebrada aquel día se grabó mediante un dispositivo de audio, sin advertir de ello al notario autorizante. El compareciente entregó al notario el archivo de audio que contiene una copia de la grabación para que transcriba en este Acta las manifestaciones realizadas por los socios en la referida Junta General de la compañía, durante el punto segundo del orden del día, que se recogen en el archivo de audio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos, 190, 348 bis), 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 reciente, la de 2 de marzo de 2002, 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 participa-

ciones 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.

Los solicitantes del nombramiento registral de auditor invocan el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital para fundar el derecho a separarse de la sociedad y, por ende, su derecho a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, sobre la base del acuerdo de aplicación de resultados, adoptado por la Junta General de la compañía celebrada el 15 de octubre de 2011 y documentado en el acta notarial que relaciona los asuntos tratados en dicha junta, incluido el punto segundo, relativo a la aplicación de resultados, siendo todos ellos aprobados por el 72'0668 de capital, excepto por la parte de capital correspondiente a doña ….., don …..y doña ….., que votaron en contra de todos ellos.

Para resolver la cuestión planteada se ha de comenzar señalando que dicho precepto legal, 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 razón que llevó al legislador a introducir esta causa de separación fue, básicamente, la de amparar el derecho de las minorías de sociedades de capital que, por regla general, son ajenas a la gestión y administración, configurando el derecho de los socios minoritarios a separarse de la compañía cuando el/los socios mayoritarios se nieguen a la distribución de, al menos, una parte de los beneficios obtenidos, mientras que el socio mayoritario –a veces, sin justificación suficiente– los ha percibido indirectamente por otros medios (como puede ser las retribuciones de los administradores).

Para que concurra la causa de separación social del artículo 348 bis) el legislador exige, en primer lugar, que la sociedad lleve, al menos cinco años inscrita en el Registro Mercantil, es decir, desarrollando la actividad comercial y empresarial propia de su objeto social, presupuesto que concurre en el caso presente; en segundo lugar que existan beneficios producidos en el ejercicio económico, generados por la explotación del objeto social de la compañía; que exista un acuerdo de la Junta General que no contemple la distribución de dividendos, ni siquiera de un tercio de los beneficios; y, por último, que el socio o socios que no votó a favor de dicho acuerdo adoptado por la mayoría ejercite su derecho de separación en el plazo de un mes desde la reunión de dicha Asamblea general. Así resulta del tenor literal del artículo que dispone: 1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales 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.

Y continúa su número dos, estableciendo: 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

En el caso presente, del acta autorizada por el notario de Pontedeume, D. Alvar Quintanilla López Tafall, bajo el número 1574 de su protocolo, no se deduce en que términos se debatieron los distintos asuntos del orden del día, ni cual fue el acuerdo concreto aprobado por la mayoría respecto del resultado obtenido en el ejercicio económico, sino que dicha acta se limita a relacionar las cinco propuestas sometidas a votación, así como el resultado de la misma que fue la aprobación por la mayoría del capital social de todos los puntos sometidos a votación y el voto en contra de los socios que en este expediente solicitaron el nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales que poseen, a fin de ejercitar su derecho de separación. Consta también en la citada Acta en el apartado B) Manifestaciones que los solicitantes de la auditoría hicieron diversas críticas …/…«relativas a la falta de reparto de dividendos y a la continua aplicación de los beneficios a reservas.»

De la misma manera, de la restante documentación que consta en el expediente se deduce, ineludiblemente, que en el punto segundo del orden del día de la Junta general de 15 de octubre de 2011, relativo a la aplicación de resultados, la mayoría del capital acordó imputar dichos resultados a las reservas, con el voto en contra de los solicitantes del nombramiento de auditor de cuentas. Por tanto, debe serles reconocido, en base al fundamento jurídico que alegaron, el derecho al nombramiento de auditor por el registrador mercantil, dado que, en contra de lo que la sociedad entiende, el precepto legal invocado, el artículo 348 bis) del la Ley de Sociedades de Capital, no exige al socio que haya votado en contra del acuerdo de no repartir beneficios, el comunicar en esa misma Junta General su decisión de separarse de la compañía, ni tampoco les exige que insten a la administración social para la inclusión de un nuevo punto del orden del día que, expresamente, indique «reparto de dividendos» sino que, por el contrario, establece que habrán de votar en contra de la propuesta que niegue, aunque sea implícitamente, el reparto de dividendos y que habrán de comunicarlo a la sociedad en el plazo de un mes, como así lo hicieron los solicitantes y recurrentes.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., don ….. y doña ….., solicitantes del nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor de sus participaciones sociales en «Manuel Rey Automóviles, S.A.» y anular la Resolución del Registrador Mercantil de A Coruña de 8 de mayo 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 abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 10 de abril de 2013 (4.ª)

En el expediente 177/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Igualadina Inmobiliaria Sanrovi, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 21 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, como titular de mas del 5% del capital social de «Igualadina Inmobiliaria Sanrovi, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2011. Adjuntó a su instancia copia simple de la escritura de entrega y aceptación de legado, otorgada en fecha 10 de mayo de 2010, ante el notario de Igualada D. Carlos Jiménez Fueyyo, bajo el número 884 de protocolo, de la que se desprende que el solicitante aceptó y se le adjudicó, en pago del legado a su favor ordenado por el causante, entre otros bienes, las participaciones sociales núms. del 6.801 al 8.000, ambos inclusive, y las núms. del 11.601 al 12.800, ambos inclusive, de compañía.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que de los datos manifestados por el solicitante no se desprende con exactitud que mercantil desea que se audite, dado que existen diversos errores, en concreto, la identificación de la sociedad, el número de participaciones en que se di*vide* el capital social y el número de participaciones de las que el solicitante manifiesta ser titular.

III

El Registrador Mercantil número VIII de Barcelona, con fecha 23 de abril de 2012, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. Entendió que, en

cuanto a la alegación relativa a que el promotor del presente expediente no refleja claramente en la solicitud de nombramiento de auditor qué mercantil desea que se audite al existir diversos errores, en concreto, la identificación de la sociedad, el número de participaciones en que se di*vide* el capital social de la compañía, hacer referencia en algunas ocasiones a la sociedad «Tallers i Servéis Igualada, S.L.», y el número de participaciones de las que el solicitante manifiesta ser titular y que es distinto del que se desprende la documentación aportada junto a la citada instancia, debe señalarse que el procedimiento de nombramiento registral de auditor está caracterizado por su antiformalismo y, en el caso que nos ocupa, resulta indubitadamente identificada en la instancia la sociedad para la cual se solicita la auditoría al contener, entre otros, los datos regístrales de identificación de la misma –que no se exige que sean el de la constitución de la mercantil– y su número de identificación fiscal y, por otra parte, los mismos constan en este Registro en la hoja abierta a nombre de la sociedad «Igualadina Inmobiliaria Sanrovi, S.L.» cuyo contenido se presume exacto y válido según el artículo 20.1 del Código de Comercio y artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil. Por último, el solicitante del nombramiento de auditor interesa a su solicitud que «se proceda al nombramiento de sucesivos auditores en el caso de que el designado en primer lugar no aceptare o, por cualquier causa no elaborara el informe encomendado». Al respecto solo señalar que, en el momento procesal oportuno, cuando proceda el nombramiento según el sistema reglado impuesto por el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil, será aplicable al mismo lo que disponen los artículos 344 –aplicable por la remisión del artículo 364 del citado Reglamento– y 360, así como lo dispuesto en el artículo 361 del Reglamento en lo que hace referencia al resultado de la auditoría encomendada.

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.

V

Finalmente, el 16 de enero de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil número VII de Barcelona, al adjuntó un escrito del socio minoritario, don ….., desistiendo de su solicitud de auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91 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.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento del solicitante de la auditoría de cuentas, don ….. y declarar concluso el procedi-

miento iniciado a su solicitud de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2011 para la sociedad único de «Igualadina Inmobiliaria Sanrovi».

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VIII de Barcelona.

Resolución de 10 de abril de 2013 (5.ª)

En el expediente 176/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de unos socios de «Manuel Rey S.A. Ferrol».

HECHOS

I

Doña ….., don ….. y doña Elena ….., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de A Coruña el 17 de abril 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 participaciones sociales que poseen en la entidad mercantil «Manuel Rey S.A. Ferrol», con el fin de ejercitar el derecho de separación de la sociedad. Adjuntaban a su solicitud acta notarial de la Junta de 15 de octubre de 2011 autorizada por el notario de Pontedeume, D. Alvar Quintanilla López Tafall, bajo el número 1575 de su protocolo.

II

Notificada dicha solicitud a la sociedad, la Presidenta 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. 2.º) Que del acta notarial aportada por los solicitantes como fundamento de su petición se deduce que éstos no votaron a favor de la distribución de la aplicación del resultado.

III

El Registrador Mercantil de A Coruña, con fecha de 8 de mayo de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Entendió que el derecho de separación reconocido en el articulo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, cuya vigencia en el momento de la celebración de la Junta General reconoce la Presidenta, es un derecho ex novo creado por la Ley 25/2011, de 1 de Agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital. Dicha Ley no tiene Disposición Transitoria alguna, por lo que entiendo que no contradigo el principio de irretroactividad del articulo 2.3 del Código Civil si reconozco la posibilidad de su ejercicio respecto de sociedades que constan inscritas en el Registro Mercantil con cinco o más años de antigüedad, como es el caso. Entendió que si el ejercicio de dicho derecho quedara condicionado en las sociedades que cumplieran dicho plazo después de la entrada en vigor de la legislación que ha dado lugar a él, precitada, nos llevaría al absurdo de impedir el ejercicio del mismo hasta que transcurran cinco años de la entrada en vigor de dicha reforma, lo que en Derecho Mercantil significaría una interpretación contraria a la diligencia que en todo tráfico jurídico debe existir y máxime en materia mercantil. En la documentación aportada por los solicitantes consta el cumplimiento de todos los demás requisitos planteados en dicho artículo, a saber, no solo votaron en contra en la Junta General, sino que solicitaron reparto de beneficios y, es más, en la comunicación que hacen con posterioridad a la sociedad para el ejercicio del derecho de separación le dan oportunidad a la sociedad para llegar a un acuerdo. Es la sociedad la que al no contestar a dichos socios en tiempo y plazo imposibilita dicho acuerdo y motiva que, como único recurso, los socios que quieren ejercitar dicho derecho de separación, soliciten dentro de plazo del Registro Mercantil el nombramiento de auditor, que estimo procedente por todo lo alegado y una vez observado que en todo momento se han respetado los plazos reglamentarios. He podido comprobar que en las cuentas depositadas de los ejercicios 2009 y/2010 la sociedad obtuvo beneficios, que destinó a reservas.– En consecuencia, decido la procedencia del nombramiento de auditor, lo que notifico/a la sociedad y al solicitante a los efectos oportunos.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones aducidas en su escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que la resolución recurrida valora únicamente la obtención de beneficios, sin tener en cuenta la falta de liquidez por la que atraviesa la empresa, sin valorar tampoco la necesidad de utilizar esos recursos para la reinversión. 2.º) Que no se está aplicando la misma normativa a las Juntas celebradas el 1 de agosto a las celebradas el 15 de octubre cuando todas las decisiones afectan el mismo periodo económico. 3.º) Que no se ha llegado a precisar qué beneficios son legalmente repartibles y, además, también habría sido necesario que los socios se hubieran reservado el ejercicio del derecho de separación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos, 190, 348 bis), 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 reciente, la de 2 de marzo de 2002, 17 de octubre de 2006.

Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de A Coruña, frente a la cual no pueden prosperar ninguna de las alegaciones formuladas por la representación recurrente. En primer lugar, cuando el tenor literal de una norma es claro y permite su aplicación, no necesita interpretación alguna porque la voluntad del legislador está claramente contenida en el precepto y acudir a una interpretación innecesaria puede suponer un intento de eludir su cumplimiento.

En este caso, el artículo 348 bis) de la Ley de Sociedades de Capital 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 y tiene la virtualidad de introducir una nueva causa de separación en el marco de las sociedades de capital con el fin de amparar el derecho de las minorías de estas sociedades que, por regla general, son ajenas a la gestión y administración, configurando el derecho de los socios minoritarios a separarse de la compañía cuando el/los socios mayoritarios se nieguen a la distribución de, al menos, una parte de los beneficios obtenidos, mientras que el socio mayoritario –a veces, sin justificación suficiente– los ha percibido indirectamente por otros medios (como puede ser las retribuciones de los administradores).

Por tanto, en el supuesto analizado concurre la «causa legal» exigida por el artículo 363 para el nombramiento registral de auditor de cuentas, al concurrir los presupuestos de hecho necesarios para la aplicación del artículo 348 bis) de la ley de Sociedades de Capital, puesto que la sociedad lleva más de cinco años inscrita en el Registro Mercantil y, por tanto, operando en el tráfico económico con normalidad; ha obtenido unas resultados positivos en el ejercicio anterior y pretende aplicar todos ellos a la recapitalización de la compañía, en contra de la voluntad de los socios minoritarios que votaron en contra de ésta decisión adoptada por la mayoría de la sociedad y que son los que en el plazo de un mes que el número 2 del precitado artículo les concede, ejercitaron el derecho de separación, comunicándolo a la sociedad.

No es cierto, porque la ley no lo dice, que hayan de reservarse en esa misma Asamblea General el ejercicio del derecho a separarse de la compañía, pues esto sería innecesario, dado que la administración social conoce o debe conocer porque es su obligación cuales son los preceptos que rigen los dere-

chos y las obligaciones de los socios pues ya los proclamó la ley que es pública y de obligado cumplimiento para todos.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., Presidenta del Consejo de Administración de la entidad mercantil «Manuel Rey S.A. Ferrol,» y confirmar, en todos sus extremos, la Resolución del Registrador Mercantil de A Coruña de 8 de mayo 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 abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 11 de abril de 2013

En el expediente 170/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Aula Laboral Principado, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en la Oficina de correos dirigido al Registro Mercantil de Asturias el 30 de marzo de 2012 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil como titular de 5% del capital social de «Aula Laboral Principado, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Falta de legitimación de la solicitante de la auditora de cuentas, dando que no aporta documento alguno en el que funde su derecho y que la acredite como socia de la

compañía. 2.º) Que la sociedad puede ofrecerle, si lo desea, un informe de la auditoría de cuentas del ejercicio 2011.

III

La Registradora Mercantil de Asturias, con fecha 18 de mayo 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 por la sociedad, ya que, según ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Reglamento del Registro Mercantil no ha querido ser riguroso con el socio a la hora de exigirle la acreditación formal de su condición, siendo suficiente con que aporte un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un número de acciones equivalentes, como mínimo, al 5% del capital social de la compañía y que, una vez aportado, para desvirtuar la presunción de titularidad es preciso que la sociedad pruebe, a su vez, que dicha titularidad nunca existió o se ha perdido. Se respeta así el principio de igualdad en las posiciones jurídicas de las partes en este procedimiento. En el presente caso la legitimación de la solicitante resulta de los propios datos registrales de la compañía que la acreditan como socia y titular de un número de participaciones sociales superior al 5% legalmente exigido. Por lo que se refiere a la auditoría voluntaria alegada por la sociedad, la Dirección General de los Registros y del Notariado siempre ha exigido la concurrencia de dos condiciones, con el fin de 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 ni que contratara a un auditor de cuentas con anterioridad a la presentación de la instancia de la socia minoritaria en el Registro Mercantil, ni tampoco ha garantizado su derecho al informe de auditoría de cuentas por ninguno de los medios anteriormente indicados.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que el encargo de auditoría se ofrece una vez conocido el ínteres de la solicitante en la verificación contable del ejercicio 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 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, 15 de abril y 21 de julio de 2010.

1.º No pueden prosperar frente a los fundamentos de la resolución recurrida ninguna de las alegaciones formuladas por la recurrente. En primer lugar, en orden a la forma de acreditar la legitimación de la solicitante, este Centro Directivo ha entendido que es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 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 invocación a los datos de la compañía, lo que permitió a la Registradora Mercantil de Oviedo la perfecta identificación registral de la sociedad y, al mismo tiempo, la apreciación de oficio del requisito de legitimación de la solicitante, propietaria, conforme al Registro, de un número de participaciones sociales equivalentes a más del 5% del capital social (artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil).

2.º En segundo lugar, tampoco puede prosperar el ofrecimiento por la administración social –que no la acreditación– de un informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2011, dado que el legislador ya ha previsto un medio para satisfacer el interés de los socios minoritarios en la verificación de las cuentas del ejercicio vencido que se concreta en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y es el de solicitarlo al registrador mercantil del domicilio social de la compañía. Este es, precisamente, el medio que ha empleado la solicitante del nombramiento registral de auditor de cuentas para tener un conocimiento puntual de la situación patrimonial y financiera de la empresa, siendo así que, de su ejercicio, tuvo cumplido conocimiento la sociedad a través de la notificación realizada por la Registradora Mercantil de Oviedo.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., administradora única de «Aula Laboral Principado, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Asturias el 18 de mayo 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, 11 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Oviedo.

Resolución de 15 de abril de 2013

En el expediente 218/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las acciones de un socio de «Europea de Servicios y Distribuciones, S.A.».

HECHOS

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 29 de junio 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 posee en la entidad mercantil «Europea de Servicios y Distribuciones, S.A.», con el fin de ejercitar el derecho de separación de la sociedad.

II

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha de 26 de junio de 2012, emitió nota de calificación manteniendo que no procede la apertura del expediente para el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, ya que el precepto en que se basa para el ejercicio del derecho, artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, ha sido suspendido en su aplicación hasta el día 31 de diciembre de 2014 por lo dispuesto en la Disposición Transitoria introducida por la Ley 182012, de 22 de junio.

III

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría, don ….., interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, resumidamente: 1.º) Que la Ley 1/2012 entró en vigor el 24 de junio de 2012 y, por tanto, no se puede aplicar con carácter retroactivo, como lo ha sido en el caso presente, dado que su solicitud la presentó en el Registro Mercantil el 19 de junio de 2012, es decir, estando todavía vigente y siendo plenamente aplicable el artículo 348 bis) de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º) Que el artículo 353 de la misma ley no ha sido suspendido en ningún momento, por lo que es también plenamente aplicable. 3.º) Que el artículo 2.3 del Código Civil dispone que las leyes no

tendrán efectos retroactivos, sino dispusieran lo contrario. 4.º) Que también el artículo 91.3 de la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa y la retroactividad de las Leyes. 5.º) Qué, el artículo 24 de la Ley Hipotecaria y el artículo 35 del Reglamento del Registro Mercantil disponen que se considera como fecha del asiento de inscripción del asiento de presentación. 6.º) Que la calificación del Registrador Mercantil sobre la solicitud debe practicarse conforme a la legalidad vigente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos, 113 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, 190, 348 bis) y 353 de la Ley de Sociedades de Capital, 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

El presente expediente platea una cuestión de carácter formal que hace ocioso el examen de la cuestión de fondo. Dicha cuestión es la relativa al procedimiento seguido por el Registrador Mercantil para resolver la solicitud de nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de las participaciones del socio que desea separarse de la compañía.

Dado que la norma reguladora de este tipo de nombramiento es el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil que dispone en su número 1 que se efectuará a solicitud del interesado, de conformidad con lo previsto en los artículos 351 y siguientes del mismo cuerpo reglamentario, se debió seguir los trámites previstos en el mismo, en particular el regulado en el artículo 354 que establece el obligatorio traslado de la solicitud a la sociedad a fin de que pueda alegar las posibles causas de oposición a la petición del socio, entre ellas, en este caso concreto, la concurrencia o no de causa legal de separación u otras que a su derecho hubieran convenido.

No habiéndolo hecho así este Centro Directivo no puede pronunciarse sobre todas las cuestiones que el expediente plantea, dado que desconoce si existió o no desacuerdo en entre el socio y la sociedad sobre el valor de las acciones, al que la Ley de Sociedades de Capital vincula el nombramiento registral de auditor de cuentas o si el solicitante comunicó a la sociedad su deseo de abandonarla.

Consecuentemente, siendo éste un trámite imprescindible para no generar indefensión en la sociedad como ocurriría si se viera privada de su derecho a oponerse a la solicitud y también imprescindible para que esta Dirección General pueda adoptar una decisión ajustada a derecho tras el conocimiento de las posibles causas optativas que eventualmente pueda plantear la sociedad, procede la retroacción del expediente.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto retrotraer el expediente iniciado por la solicitud de don ….., al momento previo a la resolución del Registrador Mercantil Alicante de 26 de junio de 2012, a fin de cumplimentar el trámite reglado del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

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

Madrid, 15 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 16 de abril de 2013

En el expediente 180/12 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Artra Trabajos Arqueológicos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 17 de febrero de 2012 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 «Artra Trabajos Arqueológicos, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta no se opuso al nombramiento solicitado por la minoría.

III

El Registrador Mercantil número XII de Madrid resolvió, con fecha 25 de mayo de 2012, desestimar la solicitud formulada por el socio minoritario. Mantuvo que es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el derecho del socio a solicitar el nombramiento de auditor de cuentas puede verse enervado cuando éste hubiera podido contratar por si solo los servicios de un auditor de cuentas, tal y como ocurre en el caso presente, pues según consta en los archivos del registro el solicitante de la

auditoría ostenta el cargo de Consejero delegado solidario del Consejo de Administración de la compañía, según consta en la inscripción 5.ª de la hoja abierta a la sociedad, practicada el 10 de octubre de 2002.

IV

Contra dicha resolución don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que la resolución del Registrador Mercantil de Madrid no tiene en cuenta lo previsto en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que contempla el supuesto de que los socios de compañías no obligadas a verificar sus cuentas, soliciten al registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas para verificar las correspondientes a las del último ejercicio social. 2.º) Que desconoce en qué afecta a la solicitud formulada el hecho de que se Consejero delegado solidario, dado que en las sociedades no obligadas a la verificación contable la competencia para nombrar auditor de cuentas no reside ni en la Junta general de la sociedad ni en el Consejo de Administración. 3.º) Que invoca resoluciones que el Registrador Mercantil no ha podido encontrar y, sin embargo, los fundamentos del recurso de alzada son avalados por la Resolución de 26 de septiembre de 2003.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 42 del Código de Comercio, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2005 y, como más recientes, la de 9 de diciembre de 2008, la de 21 de abril de 2009, 1 de septiembre de 2010.

La única cuestión que platea el presente recurso se centra en determinar si el socio que ostenta la condición de administrador solidario de la compañía puede o no solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas anuales del último ejercicio vencido.

Sobre esta cuestión, este Centro Directivo ha mantenido, reiteradamente, 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, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunada, pues en este caso tendría que contar con el acuerdo y consentimiento de los demás administradores *(cfr.* artículo 1692 del Código Civil).

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que, como alega el solicitante de la auditoría, ejerce en el seno del Consejo de Administración, la administración solidaria de la compañía, siendo así que el ejercicio de este cargo le brinda la oportunidad de contratar, por sí mismo, los servicio de un auditor para verificar las cuentas de la empresa correspondientes al ejercicio 2011, si hubiera creído conveniente disponer de un informe de auditoría.

Precisamente, en contra de lo que entiende el recurrente, las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable constituyen el marco idóneo para que el órgano de administración, con organización mancomunada o solidaria, desarrolle plenamente sus competencias de gestión contratando los servicios de un auditor de cuentas, dado que en las sociedades que no pueden presentar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil en forma abreviada la competencia para nombrar auditores no reside, exclusivamente, en la Junta General.

Por tanto, procede confirmar la resolución dictada por el Registrador 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.

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 número XII de Madrid el 25 de mayo 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 abril de 2013.–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 abril de 2013

En el expediente 181/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Natfood Ibérica, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en representación de la entidad «Coffee Trade Group, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 26 de marzo 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 «Natfood Ibérica, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta no presentó oposición al nombramiento de auditor solicitado por la minoría.

III

El Registrador Mercantil número XVI de Barcelona, con fecha 8 de mayo de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas reúne la titularidad mínima necesaria para ejercitar el derecho a la verificación contable y presentó su instancia dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

IV

Contra dicha resolución don ….., como administrador de la sociedad «Natfood Ibérica, S.L.» interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia, que la sociedad procedió a nombrar auditor de cuentas para los años 2010, 2011 y 2012, nombramiento que recayó en «Equifond Auditores, S.L.». Una vez aceptado el encargo de auditoría, no debe procederse al nombramiento de un nuevo auditor, dado que ello supondría un gasto innecesario.

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 socie-

dad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 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, el nombramiento voluntario de auditor no fue previo, puesto que el único documento aportado por la sociedad para probarlo, es el certificado emitido por el Secretario y el Presidente del Consejo de Administración indicando que se ha formalizado un contrato con la empresa auditora, pero siendo como es un documento privado la fecha que consta en él no puede hacer prueba frente a terceros, de tal manera que la primera fecha fehaciente es la de la legitimación notarial de la firma de don ….., el 4 de junio de 2012, la cual es muy posterior a la de presentación de la instancia del socio solicitante en el Registro Mercantil 26 de marzo de 2012 (artículo 1227 del Código Civil). Tampoco se cumple la segunda de las condiciones, puesto que no se ha garantizado el derecho del solicitante por ninguno de los medios anteriormente relacionados.

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 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 representación de «Natfood Ibérica, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XVI de Barcelona el 8 de mayo 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XVI de Barcelona.

Resolución de 18 de abril de 2013

En el expediente 73/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sulucas, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Huelva el 12 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 titulares de más del 5% del capital social de «Sulucas, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, está no se opuso al nombramiento solicitado en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la instancia.

III

La Registradora Mercantil de Huelva, con fecha 27 de marzo de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que en el solicitante concurren las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Si bien la instancia no contiene ninguna indicación sobre la causa de la solicitud, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido 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.

IV

Contra dicha resolución don ….., en su condición de administrador consursal de la entidad mercantil «Sulucas, S.L.» interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, básicamente: 1.º) Que la sociedad ha sido declarada en concurso de acreedores por Auto de 9 de enero de 2012, librándose por el Juzgado de lo Mercantil de Huelva los oportunos mandamientos a efectos de que se practicara la correspondiente anotación preventiva. 2.º) Que conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado quedan exceptuadas de la auditoría de cuentas, las del ejercicio inmediatamente anterior a la declaración del concurso. Esta excepción se basa en la obligación que se impone a los administradores concursales de presentar al Juez el preceptivo informe que debe contener, entre otras circunstancias, el estado de la contabilidad del deudor, así como la información contable y patrimonial a la que se refiere el artículo 75 de la Ley Concursal. 3.º) Que, en todo caso, las cuentas formuladas por la administración concursal en funciones debe, estar supervisadas por el deudor.

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.

No pueden prosperar en el presente recurso ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso, dado que, en primer lugar, el ámbito material de aplicación del ya derogado artículo 46.1 de la Ley Concursal se refería 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 desprendía 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.

En segundo lugar, la referida excepción de auditoría fue 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.

Por tanto, se ha de reiterar la doctrina mantenida por este Centro Directivo, conforme a la cual es posible ejercitar el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital reconoce al socio minoritario durante el periodo concursal, puesto que la declaración del concurso no supone la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad, 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).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador concursal de «Sulucas, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Huelva el 27 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, 18 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Huelva.

Resolución de 19 de abril de 2013 (1.ª)

En el expediente 186/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Promociones Laeiro, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Ferframar Galicia S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de a Coruña el 30 de marzo de 2012 solici-

tando, 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 Laeiro, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador mancomunado, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante es administrador mancomunado de la sociedad, con plena capacidad de actuación y decisión. 2.º) Que en una estrategia de elusión de su responsabilidad ha venido realizando actuaciones en tal sentido. 3.º) Que en fechas recientes se acordó la celebración de una Junta General, en virtud de solicitud de 14 de febrero de 2012 con un extenso orden del día y en el cual no se solicitó el nombramiento de auditor de cuentas. 4.º) Que la realización de la auditoría supondría para la sociedad un alto coste económico.

III

El Registrador Mercantil de A Coruña, con fecha 11 de mayo de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que la compañía solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que el hecho de tratarse de una sociedad no obligada a la verificación contable, es el presupuesto contemplado en el artículo 265.2 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 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, 3 de mayo de 2009, 19 de noviembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, se ha de indicar que las sociedades no obligadas a presentar en el Registro Mercantil junto con sus cuantas anuales el informe de auditoría, pasan a estarlo cuando lo solicita un socio que

reúne los requisitos de capital y tiempo exigidos en el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital, como ocurre en el caso presente.

2.º Sobre la alegación que cuestiona la posibilidad de que el socio administrador mancomunado pueda solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, este Centro Directivo ha mantenido la doctrina de que la concurrencia en el socio minoritario de 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, lo que no ocurre en el caso presente, en el que para contratar un auditor de cuentas habría tenido que contar con el acuerdo y consentimiento de los demás administradores mancomunados *(cfr.* artículo 1692 del Código Civil).

3.º Tampoco el conocimiento que haya podido tener de las contabilidad social puede impedir que ejercite su derecho, puesto que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

4.º Las motivaciones que hayan podido llevar al socio a solicitar la auditoría de cuentas no deben enjuiciarse en este procedimiento pues el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido 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.* artículos 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 lo que se refiere a las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, se ha de recordar la doctrina de este Centro Directivo, 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 audi-

tor, 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 minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador mancomunado de «Promociones Laeiro, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de A Coruña el 11 de mayo 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, 19 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 19 de abril de 2013 (2.ª)

En el expediente 187/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Esnoypro, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Ferframar Galicia S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de a Coruña el 30 de marzo de 2012 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 «Esnoypro, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador mancomunado, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante es administrador mancomunado de la sociedad, con plena capacidad de actuación y decisión. 2.º) Que en una estrategia de

elusión de su responsabilidad ha venido realizando actuaciones en tal sentido. 3.º) Que en fechas recientes se acordó la celebración de una Junta General, en virtud de solicitud de 14 de febrero de 2012 con un extenso orden del día y en el cual no se solicitó el nombramiento de auditor de cuentas. 4.º) Que la realización de la auditoría supondría para la sociedad un alto coste económico.

III

El Registrador Mercantil de A Coruña, con fecha 11 de mayo de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que la compañía solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que el hecho de tratarse de una sociedad no obligada a la verificación contable, es el presupuesto contemplado en el artículo 265.2 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 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, 3 de mayo de 2009, 19 de noviembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, se ha de indicar que las sociedades no obligadas a presentar en el Registro Mercantil junto con sus cuantas anuales el informe de auditoría, pasan a estarlo cuando lo solicita un socio que reúne los requisitos de capital y tiempo exigidos en el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital, como ocurre en el caso presente.

2.º Sobre la alegación que cuestiona la posibilidad de que el socio administrador mancomunado pueda solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, este Centro Directivo ha mantenido la doctrina de que la concurrencia en el socio minoritario de 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 audito-

ría 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, lo que no ocurre en el caso presente, en el que para contratar un auditor de cuentas habría tenido que contar con el acuerdo y consentimiento de los demás administradores mancomunados *(cfr.* artículo 1692 del Código Civil).

3.º Tampoco el conocimiento que haya podido tener de las contabilidad social puede impedir que ejercite su derecho, puesto que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

4.º Las motivaciones que hayan podido llevar al socio a solicitar la auditoría de cuentas no deben enjuiciarse en este procedimiento pues el limitado ámbito de conocimiento que tiene atribuido 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.* artículos 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 lo que se refiere a las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, se ha de recordar la doctrina de este Centro Directivo, 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador mancomunado de «Esnoypro, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de A Coruña el 11 de mayo 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, 19 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 19 de abril de 2013 (3.ª)

En el expediente 188/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tallers i Serveis Igualada, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 21 de marzo de 2012 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 «Tallers i Serveis Igualada, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011. Adjuntaba a su escrito fotocopia de copia simple de la escritura de entrega y aceptación de legado, otorgada en fecha 10 de mayo de 2010, ante el notario de Igualada, don Carlos Jiménez Fueyo, numero 884 de protocolo, por la que se hace entrega a don ….., quien aceptó y adjudicó, 500 participaciones de la Compañía «Tallers i Servéis Igualada, S.L.», núms. 1.301 al 1.600 y 1.801 al 2.000, todos incluidos».

II

La sociedad, a través de su administrador mancomunado, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante ha tenido a su disposición en todo momento al Contable-Asesor externo de la empresa que realiza, comprueba, valida y presenta las Cuentas Anuales de la sociedad, al cual se le puede consultar cualquier duda contable. y/o financiera. Sin embargo, al hacerle entrega de los balances y cuenta de explotación del periodo de 2011, no se ha generado ninguna situación al respecto, ni ha hecho uso de la facultad para examinar en el domicilio social de la empresa por si o en unión de un experto contable los documentos que sirven de soporte de las cuentas anuales. 2.º) Que, dada la

nula intencionalidad en recoger información o efectuar cualquier tipo de comprobación documental junto al Asesor Contable, es de interés de la sociedad conocer cual ha sido el motivo que ha llevado al socio solicitante a pedir el nombramiento de un Auditor de Cuentas, debiendo ésta expresarse, a su vez, en virtud del articulo 351.1.3 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º) Que con el nombramiento de un Auditor de cuentas, la sociedad deberá asumir irremediablemente un importante gasto imprevisto fuera de los presupuestos anuales de la empresa y difícil de soportar actualmente, cuando se ha obviado una serie de opciones que igualmente podrían haber cumplido el mismo objetivo que se requiere sin coste alguno para la empresa y con el mismo resultado.

III

La Registradora Mercantil número I de Barcelona, con fecha 16 de abril de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que la primera cuestión que alega la oponente es que el solicitante ha tenido a su disposición en todo momento al contable-Asesor externo de la empresa que realiza, comprueba, valida y presenta las Cuentas Anuales de la sociedad, al cual se le puede consultar cualquier duda contable y/o financiera; y sin embargo, al hacerle entrega al solicitante de los balances y cuenta de explotación del periodo de 2011, no se ha generado ninguna situación al respecto, ni ha hecho uso de la facultad para examinar en el domicilio social de la empresa por si o en unión de un experto contable los documentos que sirven de soporte de las cuentas anuales. Al respecto cabe señalar que dichas alegaciones no son causa de oposición que enerve el derecho del socio minoritario a solicitar el nombramiento de auditor. Asimismo, cabe indicar que 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 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. La representación social manifiesta que desconoce la causa de la solicitud que ha motivado al socio solicitante a pedir el nombramiento de un Auditor de Cuentas, debiendo ésta expresarse en virtud del artículo 351.1.3.ª del Reglamento del Registro Mercantil. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha venido estableciendo (pueden verse al respecto las Resoluciones de fechas de 13 de febrero, 9 de junio y 5 de octubre de 2009, entre otras), 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. A mayor abundamiento, el Reglamento del Registro Mercantil no exige la expresión, de carácter puramente formal, de la causa que motiva la solicitud cuando se trata, como en el caso que nos ocupa, de sociedades no obligadas a verificación contable por parte de un auditor y por ello no lo exige en el artículo 359 del citado texto reglamentario que instrumenta, precisamente las solicitudes basadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de

Capital. El artículo 351.1.3.ª del Reglamento del Registro Mercantil, correctamente interpretado, exige necesariamente su conexión con el artículo 350 del citado reglamento –que se refiere exclusivamente a las sociedades obligadas a verificación– y que enlaza a su vez con el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, supuesto en el que la mención de la causa de la petición adquiere sentido, porque, al poder ser varias, ha de comprobarse si la solicitud está justificada o no. Asimismo, existe abundantísima doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalando 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 (artículo 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 sólo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (artículo 1.902 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). En relación al gasto imprevisto que supone el nombramiento de un Auditor para la sociedad, tan solo señalar que el solicitante del presente expediente ha optado por ejercer el derecho que le concede el artículo 26 S.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y lo que el legislador ha querido, y así lo señala expresamente el citado artículo 265.2, sin que quepa margen interpretativo alguno, es 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). Por último, el solicitante del nombramiento de auditor interesa a su solicitud que «se proceda al nombramiento de sucesivos auditores en el caso de que el designado en primer lugar no aceptare o, por cualquier causa no elaborara el informe encomendado». Al respeto solo señalar que, en el momento procesal oportuno, cuando proceda el nombramiento según el sistema reglado impuesto por el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil, será aplicable al mismo lo que disponen los artículos 344 –aplicable por la remisión del artículo 364 del citado Reglamento– y 360, así como lo dispuesto en el artículo 361 del Reglamento en lo que hace referencia al resultado de la auditoría encomendada.

IV

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

V

Finalmente, el 14 de enero de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil de Barcelona al que adjuntó un escrito del socio minoritario, don ….., en el que desistía de su solicitud de auditoría de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91 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.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por el solicitante de la auditoría de cuentas, don ….. y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia para verificar las cuentas anuales de 2011 de la entidad mercantil «Tallers i Serveis Igualada, 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, 19 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 19 de abril de 2013 (4.ª)

En el expediente 189/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sociedad Anónima de Gestión de Estribadores Portuarios de Puerto de Motril, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de «Logística López Guillen, S.L.» presentó un escrito en la Oficina de correos dirigido al Registro Mercantil de Granada el 30 de marzo de 2012 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 «Sociedad Anónima de Gestión de Estribadores Portuarios de Puerto de Motril, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de don ….., en nombre y representación de «Molina Marítima, S.A.», Presidente del Consejo de Administración de la sociedad, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: Que la sociedad ya ha nombrado auditor de cuentas para el ejercicio 2011, en virtud del acuerdo de la Junta general de socios, de 28 de abril de 2011 acompañando para ello fotocopia del Acta de la citada Junta, y que la auditoría de dichas cuentas «se está llevando a cabo desde el día primero de marzo del presente año», es decir, 2012.

III

Con fecha 23 de abril de 2012, el Registrador Mercantil de Granada, para no dar lugar a un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica entre las partes, acordó como diligencia para mejor proveer, conceder un plazo de diez días para presentar en este Registro para su inscripción el nombramiento de auditor a que hace referencia en la diligencia anterior, o poner a disposición de la compañía solicitante de la auditoría en el referido plazo, el Informe de Auditoría finalizado, mediante su presentación o entrega en este Registro Mercantil o en su caso alegar lo que proceda. Así lo hizo la sociedad mediante escrito de 11 de mayo de 2012, al que adjuntó certificación relativa a la Junta General y Universal de socios celebrada el 28 de abril de 2011, de «*Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios del Puerto de Motril»,* en la que se acuerda el nombramiento como auditor a la entidad «Auditoría Periciales Ronda y Asociados. S.A.» junto con escritura de aceptación por parte de la entidad nombrada, de fecha 8 de mayo de 2012, autorizada por el notario de Madrid D. José Periel Martín, número 1.281 de protocolo, solicitando se practique la inscripción de dicho nombramiento.

IV

El Registrador Mercantil de Granada, con fecha 23 de mayo de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en ningún momento de este expediente ha quedado desvirtuado por la sociedad el carácter de socio de la entidad solicitante, la mercantil «Logística López Guillen. S.L.» y, teniendo en cuenta los argumentos recogidos en el escrito de oposición de fecha 16 de abril de 2012, así como, tanto las Alegaciones efectuadas por el socio solicitante de la auditoría, la entidad «Logística López Guillen, S.L.», como las efectuadas por la sociedad objeto de la auditoría «Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios del Puerto de Motril». En cuanto a la cuestión relativa al nombramiento de auditor va hecho en Junta General y Universal de socios de fecha 28 de abril de 2011, reseñamos la siguiente doctrina de la DGRN: 1.º) El ejercicio del derecho del art. 265 de la LSC es compatible con la petición de nombramiento de auditor realizada directamente ante la sociedad, figurando ese punto en el orden del día de la Junta convocada al efecto, e incluso con la eventual petición de designación judicial (RDGRN 2 de junio de 2000). 2.º) Resulta irrelevante a los fines pretendidos el que antes se hubiera convocado v posteriormente celebrado una Junta General ambos en escritos de fecha 8 de mayo de 2012, en uso del doble plazo concedido a las partes en las Diligencias para mejor proveer mencionadas en los Hechos de esta Resolución, se procede en relación a las cuestiones planteadas tanto por el socio solicitante como por el órgano de administración de la sociedad objeto del expediente a que se refiere esta Resolución, a hacer constar lo siguiente Extraordinaria de la Sociedad (RDGRN 12 de enero de 2006). 3.º) Es irrelevante que el solicitante haya votado en una Junta a favor de no nombrar auditor. (RDGRN de 15 de junio

de 1998 y 9 de junio de 2000). 4.º) Es igualmente, es irrelevante el hecho de que el solicitante haya votado a favor del nombramiento de auditor (RDGN de 24 de junio de 2002). 5.º) Que no se niega la celebración de la Junta General de la que resulta el nombramiento de auditor por el socio solicitante en su escrito de alegaciones, indicando que se cumplen los requisitos establecidos por la Ley para solicitar el nombramiento de un auditor por parte del Registrador Mercantil. 6.º) Que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas por la Junta General de sociedad no obligada a auditarse debe especificar el ejercicio al que se refiere v el plazo de duración del nombramiento v reflejar expresamente la aceptación del auditor nombrado, por aplicación de los arts. 141, 153 y 154 del RRM y 264 de la LSC. este último «a sensu contrario», constando en el caso que nos ocupa, que es nombrado expresamente para el ejercicio de 2011, no constando, sin embargo, si el nombramiento es voluntario, mención que debe ser expresa por lo que si nada se dice en la referida junta general, debe entenderse, ni el registrador debe suponer otra cosa, ya que no puede comprobar si es o no entidad obligada a auditarse, aplicándose por tanto el articulo 264 de la LSC, que exigiría el nombramiento por un periodo de tiempo inicial de tres años como mínimo, salvo reelección, no constando en este Registro anterior designación del mismo para el ejercicio inmediato anterior; si bien, se desprende del conjunto de los documentos presentados, tanto por el socio solicitante como de la propia sociedad que ésta, no está obligada a auditar las cuentas, ya que si no fuese así, no se habría iniciado este expediente. De todas formas para la inscripción del nombramiento de auditor voluntario debe de hacerse constar de forma expresa que tiene tal carácter. *b)* En cuanto a si el nombramiento del referido Auditor, la entidad «Auditoría y Periciales Ronda y Asociados, S.A.», por la Junta de 28 de abril de 2011, puede enervar el derecho reconocido en el artículo 265.2 de la LSC, se hace constar lo siguiente: Que para que el derecho del socio minoritario a que se refiere el art. 265.2 de la LSC, quede garantizado es necesario que concurran las circunstancias siguientes: 1.– Que ese nombramiento voluntario –incluida la aceptación del nombrado–, se haya efectuado con anterioridad a la presentación de la solicitud del socio minoritario, y ello con independencia de quien lo efectúe, y 2 –que se haya garantizado ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, para lo cual es necesario:– o la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, –o la puesta a disposición del solicitante del informe de auditoría correspondiente,– o la incorporación del informe de auditoría al expediente, lo que implica la posibilidad de acceso inmediato a la auditoría (doctrina reiterada de la DGRN). 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 sociedad el cumplimiento de su obligación, y en el caso que no ocupa, se constata lo siguiente Que la petición inicial según resulta del sello de la Oficina de Correos, como fecha de imposición el 30 de marzo de 2012, es posterior al nombramiento de auditor, el 28 de abril de 2011, si bien la fecha de la escritura en la que consta la aceptación de Don Juan Ronda Santana, en nombre y representación como Administrador Único de la entidad nombrada «Auditorías y Periciales Ronda y Asociados, S.A.», es de fecha 8 de mayo de 2012, fecha posterior a la petición inicial, por lo que no se cumpliría de forma completa el primer requisito de los anteriormente indicados, aunque en el escrito de oposición suscrito por la sociedad objeto de esta resolución, de fecha 16 de abril de 2012, expresa literalmente: «auditoría, que, por otra parte, se está llevando a cabo desde el día primero de marzo del presente año», mera manifestación por parte de don Antonio Molina Fernández, en nombre y representación de la entidad «Molina Marítima, S.A.», Presidente del Consejo de Administración de la «Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios del Puerto de Motril», no aportando otra prueba que implique una aceptación tácita o expresa por parte del auditor; ni expresándose por parte de este último en la escritura de aceptación presentada, que su aceptación sea una ratificación de una anterior, lo que retrotraería sus efectos a la aceptación inicial. Por lo que a efectos de terceros, se entiende aceptada la designación

desde el 8 de mayo de 2012 –artículos 1.227 y 1.218 del C.C. En cuanto a que se garantice ineludiblemente el derecho del socio minoritario, cumpliendo alguno de los requisitos alternativos anteriormente indicados, no es necesario que se cumplan con anterioridad a la petición, por lo que pueden ser cumplidos por la sociedad después, siempre que se permita el acceso inmediato a la auditoría mediante, o la puesta a disposición del socio del informe de auditoría o su incorporación al expediente sin necesidad de inscripción, o bien mediante la inscripción de dicha designación, lo que ha sido solicitada en este caso por la sociedad mediante la presentación de los documentos correspondientes, la cual, con la excepción dicha de que no se expresa que sea el nombramiento voluntario, –defecto subsanable–, cumpliría todos los requisitos legales. En cuanto a las alegaciones efectuadas por el socio solicitante de que «la persona que finalmente sea llamada a desarrollar la auditoría se nombre de la forma más independiente posible respecto, tanto de los órganos de administración como de los accionistas discrepantes», si bien se puede decir en defensa del buen hacer profesional de los auditores, que con independencia del origen de su nombramiento, el auditor nombrado únicamente puede guiarse en sus actividades de forma profesional e independiente, como ya se ha indicado en consultas realizadas y publicadas en el Boicac de fecha 7 de octubre de 1991, si bien éstas no tienen rango formal de Fuente del Derecho, por lo que con el fin de garantizar por «todos los medios» la imparcialidad de los informes de auditor, la legislación española ha ido evolucionando en el sentido de que los auditores sean externos al propio ámbito de la sociedad, así la propia Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, modifica diversos artículos de la Ley 19/1988 de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas –ya derogada–, expresándose en su artículo 8, actual art. 12 del TR de la Ley de Auditoría Real Decreto Legislativo 1/2011 de 1 de julio, que: «Los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría deberán ser independientes, en el ejercicio de su función, de las entidades auditadas, debiendo abstenerse de actuar cuando su independencia en relación con la revisión y verificación de las cuentas anuales, los estados financieros u otros documentos contables pudiera verse comprometida»; y precisamente siguiendo esta idea de «ser» y «parecer» independientes, la referida Ley 44/2002, modifica diversos artículos de las derogadas, Ley de Sociedades Anónimas, arts. 64.1, 68.3, 147.2, y 292.2 y de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, artículos 29.2. d) 2.º, y 100 –si bien se mantienen los mismos criterios en el nuevo Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital–, sustituyendo la intervención del Auditor a que se refieren los distintos casos que se regulan en los preceptos citados, que era el Auditor de la sociedad, por el de un «Auditor distinto al de la sociedad», designado por el Registrador Mercantil, por lo que debe entenderse éste como el nuevo criterio a seguir en cuanto al nombramiento de Auditor que lo será por el Registrador Mercantil en los casos en que deba hacerlo, ya que según el artículo 3.º del C.C. «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», máxime cuando el sistema que se sigue para su nombramiento en el caso del auditor del art. 265.2 LSA, se regula en el artículo 355 del RRM, el cual se hace a través de un sorteo a fin de garantizar aún más esa independencia, siendo éste el espíritu que preside el reconocimiento del derecho de la minoría a pedir el nombramiento de auditor para verificar las cuentas. Con ello se viene a distinguir entre la independencia real y aparente, ya que si bien la real es inobservable. ya que se sitúa en los planteamientos personales e internos del auditor, la aparente, se refleja en signos externos que permitan hacer valoraciones sobre si la independencia del auditor está o no comprometida, destacando aspectos relacionados con la imagen de la independencia. En el caso que nos ocupa, toda la actuación posterior de la sociedad «Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios del Puerto de Motril», relativa al nombramiento de auditor de «forma activa», se produce después de la solicitud para su nombramiento por parte del socio minoritario, el cual tiene que

ejercer su derecho en un plazo determinado, por lo que si no queda garantizado éste, utiliza los mecanismos jurídicos puestos a su disposición si alberga dudas sobre su cumplimiento, independientemente de la duplicidad de gastos que ello pudiera ocasionar, con el objeto de no dejar en manos de la sociedad la salvaguarda del mismo.

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 su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición.

VI

Finalmente, el 11 de febrero de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil de Granada, al que adjuntó un escrito de la entidad mercantil, solicitante de la auditoría de cuentas, don….., en nombre y representación de «Logística López Guillen, S.L.», en el que desistía de su solicitud de auditoría de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91 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.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por el solicitante de la auditoría de cuentas, don ….., en nombre y representación de «Logística López Guillen, S.L.» y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia para verificar las cuentas anuales de 2011 de la entidad mercantil «Sociedad Anónima de Gestión de Estribadores Portuarios de Puerto de Motril, 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, 19 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Granada.

Resolución de 20 de abril de 2013

En el expediente 184/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Acisclo Álvarez Martín e Hijos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., don ….. y don ….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Lugo 30 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 263 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 «Acisclo Álvarez Martín e Hijos, 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 ….., 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, asimismo, los datos de identificación de la sociedad a auditar están incompletos en realidad. 3.º) Que para acreditar la legitimación de los solicitantes adjuntan meras fotocopias. 4.º) Que no se solicita expresamente el nombramiento de auditor. 5.º) Que no tendrían inconveniente en realizar la auditoría siempre que el coste de ésta corriera a cargo de quienes lo solicitaron.

III

La Registradora Mercantil de Lugo, con fecha 15 de junio de 2012, 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 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. En cuanto a los datos de identificación de la sociedad, consta en el Registro Mercantil de Lugo la inscripción de ésta, así como la inscripción de su administrador único. Por lo que se refiere las fotocopias aportadas por los solicitantes para acreditar su legitimación señaló que evidentemente, en el traslado de la documentación a la sociedad para que pueda plantear su oposición se adjunta fotocopia de la solicitud y de los documentos adjuntos a ella. En todo caso la sociedad no justifica la falta de legitimación social puesto que en ningún momento se discute la participación que ostentan en el capital social de la compañía. En todo caso su legitimación resulta de la copia original de escritura pública de aceptación y adjudicación de herencia, firmada ante el notario de Madrid, don César Gutiérrez Herrero, en fecha 14 de febrero de 1.985, número 359, y a los efectos de acreditar la titularidad de las participaciones sociales que superan el 5% del capital social, se aporta acta de Junta General Ordinaria de 8 de junio de 2006, levantada por el notario de

Madrid don Javier de Lucas y Cadenas, núm. 2.113 y a los efectos de acreditar la titularidad de las participaciones sociales que superan el 5% del capital social, se aporta acta de Junta General Ordinaria de 8 de junio de 2006, levantada por el notario de Madrid don Javier Lucas y Cadenas, número 2.113, donde la lista de asistentes firmada por el Secretario de la Junta, don….., donde consta la titularidad de 600 participaciones sociales en pleno dominio, (200 participaciones cada uno de los socios, con una representación individual del 2,083% del capital social, ascendiendo al 6,249% del capital social, entre los tres socios solicitantes. En definitiva, estando en manos de la administración acreditar de forma clara y contundente la falta de legitimación de los solicitantes por no representar el 5% del capital social. Respecto a la imprecisión de la instancia sobre el tipo de auditoría solicitada, queda claro, sin lugar a dudas, que de forma expresa y manifiesta, solicitan el nombramiento de auditor de cuentas, para las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011, por el trámite y con el cumplimiento de requisitos del articulo 359 y siguientes del R. R. M.. Respecto al coste de la Auditoría, articulo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, dispone que la auditoría es «con cargo a la sociedad», norma que reconoce, con carácter imperativo y no dispositivo, un derecho del socio minoritario, que es ajeno totalmente a la función que en el nombramiento de Auditores corresponde al Registro Mercantil, no quedando a la decisión del Registrador su aplicación, sino que de conformidad con el referido artículo 265.2 de la L. S. C., corresponde a la Sociedad hacer frente, en su totalidad, al coste de dicha Auditoría.

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. Insistió en su argumento de insuficiente identificación de la sociedad, pues los datos aportados son incompletos y añadió que no se sabe que tipo de auditoría solicitan si la auditoría de cuentas, si auditoría para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales.

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 recurso. 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 argumenta hay que constatar, que la causa de la solicitud del art. 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 art. 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 art. 350 del mismo cuerpo legal que queda enlazado con otro supuesto que es el del art. 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, completamente diferente al número 2 del mismo artículo.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la legitimación de los solicitantes por el mero hecho de que en el traslado de la instancia, y de la documentación adjunta, el Registro Mercantil, obviamente, no remitió los documentos originales que los solicitantes presentaron, porque deben mantenerse en expediente abierto en el Registro. Como indicó la Registradora Mercantil a partir de la fotocopia de los mismos la sociedad pudo rebatir con argumentos sustantivos y con medios de prueba dicha legitimación y no lo hizo, sino que se limitó a cuestionar la forma de acreditarla.

3.º En cuanto al tipo de auditoría solicitada, no cabe duda que, aunque la instancia contenga datos erróneos de los artículos del Reglamento del Registro Mercantil reguladores del procedimiento, la solicitud se dirige a obtener el informe de auditoría de las cuentas anuales cerradas a 31 de diciembre de 2011 realizado por auditor nombrado por el Registrador Mercantil. Así resulta de la parte final de la instancia y del *«etitum»* en el que se afirma que reúnen los requisitos exigidos por el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil y por ello solicitan la designación de un auditor de cuentas.

4.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 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 «Acisclo Álvarez Martín e Hijos, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Lugo el 15 de junio 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, 20 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Lugo.

Resolución de 22 de abril de 2013 (1.ª)

En el expediente 182/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «The Nieldfield Frm Legal, S.P.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 11 de febrero de 2012 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 «The Nieldfield Frm Legal, S. P. L», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta no presentó oposición a la auditoría de cuentas solicitada por la minoría.

III

El Registrador Mercantil número XII de Barcelona, con fecha 4 de mayo de 2012, resolvió estimar la solicitud por entender que el solicitante reunía las dos condiciones para el ejercicio del derecho a la verificación contable, regulado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Contra dicha resolución don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección general, alegando, resumidamente: 1.º) Que la empresa inició su actividad en enero de 2011 y en septiembre del mismo año cesó en su actividad, teniendo al cierre del ejercicio un balance de pérdidas. 2.º) Que la sociedad ha iniciado su transformación a sociedad de

responsabilidad limitada, con la consiguiente modificación de los Estatutos sociales y del órgano de administración. 3.º) Que el socio que solicitó la auditoría de cuentas era un socio no profesional, siendo así que la aportación de capital no fue realizada por él. 4.º) Que no estos momentos la sociedad no tiene previsión de ganancias, siendo nula su situación económica. 5.º) Que la realización de la auditoría de cuentas lo único que genera es un problema añadido, dado que carece de sentido por ser muy reciente la creación 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 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 formuladas por el recurrente. En primer lugar, aún cuando la sociedad apenas tenga actividad económica sigue obligada por ley a llevar una contabilidad ordenada, a aprobar sus cuentas anuales y a presentarlas en el Registro Mercantil para su depósito, dado que la sociedad no se ha liquidado y su personalidad jurídica subsiste, lo que determina que el socio minoritario pueda ejercitar el derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2.º Tampoco puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor el motivo de oposición alegado por la sociedad, relativo a sus dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría pues, como ha mantenido este Centro Directivo, el artículo de la 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

3.º Por último, el hecho de que la efectiva aportación del socio a la sociedad no hubiera sido realizada por él, personalmente, es indiferente en este procedimiento en el que resulta del Registro mercantil y de la documentación del expediente que es socio y que, además, es propietario de un número de participaciones sociales equivalentes el 5% de capital social que le legitiman para solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador de «The Nieldfield Frm Legal, S. P. L», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XII de Barcelona el 4 de mayo 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 abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XII Barcelona.

Resolución de 22 de abril de 2013 (2.ª)

En el expediente 183/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Industrial Plastica Nova, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 27 de marzo de 2012 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular del 7,042% del capital social de «Industrial Plastica Nova, S.A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2011. Alegó que la propiedad de esas acciones le ha sido reconocida por sentencia firme, dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid de 11 de noviembre de 2010.

II

La sociedad, a través de su presidente don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: Que la sociedad en la Junta General Extraordinaria celebrada el 29 de diciembre de 2010, acordó nombrar auditor de cuentas voluntario por el periodo de tres años a la entidad «Espaudit Gabinete de Auditoría, S.A. P.». En consecuencia, la sociedad entiende que con este nombramiento voluntario no procede ya el nombramiento por el Registrador Mercantil.

III

El Registrador Mercantil número XIII de Madrid, con fecha 21 de mayo de 2012, acordó dictar una diligencia para mejor proveer, para que la sociedad acreditara la fecha fehaciente de aceptación del auditor designado, conforme a lo dispuesto en el artículo 1227 del Código Civil. A dicho requerimiento la sociedad contestó mediante presentado en el Registro Mercantil el 1 de junio de 2010, al que adjuntó copia simple del acta notarial de la Junta general Extraordinaria celebrada el 29 de diciembre de 2012, así como copia de la carta suscrita por el administrador solidario de la firma auditora aceptando el nombramiento, con legitimación notarial de la firma.

IV

El Registrador Mercantil número XIII de Madrid, con fecha de 5 de junio 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 el nombramiento de auditor voluntario alegado por la sociedad, puesto que conforme a la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado para que el nombramiento voluntario pueda enervar el derecho del socio minoritario 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 concurre la segunda condición, dado que si bien es cierto que resulta probada la anterioridad de dicho nombramiento de auditor de cuentas, no se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría por ninguno de los medios indicados, es decir, mediante la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, la entrega al socio del informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2011 o mediante su incorporación al expediente.

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. Entiende que la sociedad cumplió son lo solicitado por el Registrador Mercantil, señalando que no puede inscribir el nombramiento voluntario de auditor de cuentas, al estar cerrada la hoja registral de la sociedad. Adjuntaba a su escrito el informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2012.

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 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.

Por ello, en el caso presente, procede aceptar la pretensión del recurrente, al haber aportado al expediente copia del informe de la auditoría de cuentas del ejercicio 2011, realizado por la empresa auditora «Espaudit Gabinete de Auditoría, S.A. P.», contratada voluntariamente por la sociedad cumpliendo las dos condiciones exigidas por esta Dirección General para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del solicitante.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., presidente de «Industrial Plastica Nova, S.A.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XIII de Madrid el 5 de junio 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 abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIII de Madrid.

Resolución de 23 de abril de 2013 (1.ª)

En el expediente 185/12 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Alenimar 2005, Constructora y Promotora, S.L., en liquidación».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Málaga el 30 de Marzo de 2012 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 más del 5% del capital social de «Alenimar 2005, Constructora y Promotora, 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 su liquidador, don …..., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la sociedad se encuentra en fase de disolución y liquidación judicial desde la Junta General de 18 de agosto de 2011 adoptó estos acuerdos, los cuales constan inscritos en el Registro Mercantil. 2.º) Que es innecesario y económicamente inconveniente para la sociedad la realización de una auditoría de cuentas, puesto que ya no existe la obligación de formular cuentas anuales. 3.º) Que, en realidad, lo que pretende el solicitante de la auditoría es causar unos gastos que la sociedad no puede soportar.

III

El Registrador Mercantil de Málaga, con fecha 7 de mayo de 2012, 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 debe reconocerse el derecho del socio minoritario al nombramiento de auditor cuando el proceso extintivo de la sociedad no ha concluido y es todavía reversible. Además, admitir la tesis contraria significaría, en contra de toda previsión legal, que el derecho reconocido en el artículo 265

LSC podría quedar desvirtuado, precisamente por una decisión de la propia mayoría del capital. –Aunque la sociedad esté en liquidación no se ha extinguido, y su situación es, por tanto, reversible (reactivación) En consecuencia, los ejercicios económicos continúan iniciándose y cerrándose de conformidad con lo dispuesto los estatutos. Es decir, el último ejercicio no puede entenderse cerrado el día en que se inició la fase de liquidación. El hecho de que la sociedad no esté obligada a presentar sus cuentas anuales verificadas por un auditor, es por lo que los socios que representen al menos un cinco por ciento del capital social podrán solicitar del Registrador Mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para su revisión– art. 265.2 LSC. En cuanto a la alegación de que se trata de generar gastos la designación de auditor, las Resoluciones de la Dirección General de 21 de marzo de 1992, 8 de febrero de 1994 y 22 de marzo de 1999 entre otras, han rechazado esta alegación, ya que la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 265.2 impone estos gastos expresamente a la sociedad, siendo intrascendente el carácter más o menos modesto de la misma.

IV

Contra dicha resolución 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. Añadió que aún respetándose los derechos del socio minoritario éstos deben ejercitarse conforme a la buena fe y que el socio tienen otros cauces para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de información.

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 Debe rechazarse en el presente expediente la alegación que la sociedad formula en su escrito de recurso y ello porque, aunque se encuentre en situación de liquidación, es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– que es posible ejercitar el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades 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 Respecto al ejercicio del derecho de información por parte del solicitante, cabe señalar que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* art. 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º 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.* artículos 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 motivo de oposición relativo a las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, tampoco puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Como ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., liquidador de «Alenimar 2005, Constructora y Promotora, S.L., en liquidación», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Málaga el 7 de mayo 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, 23 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Málaga.

Resolución de 23 de abril de 2013 (2.ª)

En el expediente 190/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tort Alba, S.L.».

HECHOS

I

Don….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 13 de marzo 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 «‹Tort Alba, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011. Adjuntaba a su escrito fotocopia de copia simple de la Acta de requerimiento de asistencia y levantamiento de Acta de Junta General de socios de la sociedad «Tort Alba, S.L.», autorizada en fecha 21 de julio de 2011, por el notario de Vilanova i la Geltrú don ….., número 816 de protocolo, de la que resulta que don ….. es titular del 6,697276% del capital social de la citada mercantil.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta no presentó oposición a la solicitud de auditoría planteada por el socio minoritario.

III

El Registrador Mercantil número XIV de Barcelona, con fecha 14 de mayo de 2012, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que aún cuando la sociedad no se haya opuesto al nombramiento solicitado, el Registrador Mercantil debe examinar de oficio todas las cuestiones que plantea el asunto. En el caso presente, la sociedad ha procedido al nombramiento voluntario de auditor de cuentas y en el nombramiento 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 efecto, ambos requisitos aparecen cumplidos y, en consecuencia el nombramiento voluntario ha quedado enervado, toda vez que el 6 de octubre de 2011, doña ….., administradora de la sociedad, decidió nombrar a la mercantil R. Y. V. Auditores Asociados, S.L. para auditar las cuentas del ejercicio 2011 y el auditor nombrado aceptó el encargo el 29 de febrero de 2012 y dicho nombramiento quedó finalmente inscrito. Por tanto la sociedad al presentar las cuentas anuales en el Registro Mercantil para su depósito deberá acompañarlas del informe de auditoría de cuentas realizado por esa misma empresa.

IV

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría de cuentas, don ….., interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que reúne los requisitos de capital y tiempo exigidos legal y reglamentariamente para que se proceda al nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil. 2.º) Que en la inscripción número 13.ª practicada en la hoja abierta a la sociedad, consta que el auditor de cuentas fue nombrado por la administradora de la sociedad y no por la Junta General como dispone el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital. 3.º) Que en su condición de socio no recibió ninguna convocatoria de Junta general para proceder al nombramiento de auditor de cuentas, ni tiene constancia de que esta haya tenido lugar. Por todo lo anterior, solicitó que fuera anulada la resolución del Registrador 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 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 en las sociedades no sujetas a la obligación de presentar sus cuentas en el Registro Mercantil verificadas por auditor de cuentas, no rigen ni los plazos ni las normas de competencia previstos en el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital, siendo así que el órgano de administración social puede proceder a la contratación de los servicios de un auditor de cuentas, como un acto más de gestión y buena administración, dirigida a conocer si la contabilidad social refleja la realidad financiera y patrimonial de la empresa.

2.º Sobre la cuestión de fondo planteada, procede confirmar en todos sus extremos, la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Barcelona que no hace sino reiterar la doctrina sentada por este Centro Directivo. En efecto, el derecho del socio reconocido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital se concreta, en realidad, en un informe de auditoría de las cuentas correspondientes al último ejercicio económico vencido, realizado por un auditor independiente ajeno a la estructura empresarial de la sociedad. Como quiera que los auditores inscritos en el R.O.A.C. están sujetos en su actividad profesional a unas normas legales, reglamentarias y técnicas, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea éste judicial, societario o registral.

Ahora bien, para que la auditoría contratada por la sociedad pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

En el supuesto analizado, la sociedad ha cumplido las dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, el auditor fue contratado con anterioridad a que el socio minoritario presentara su instancia en el Registro Mercantil, solicitando el nombramiento registral. En efecto la oferta de la administradora única a la firma auditora «R. Y. V. Auditores Asociados, S.L.» tuvo lugar el 6 de octubre de 2011 y el auditor aceptó el encargo de auditoría el 29 de febrero de 2012. También la sociedad ha garantizado al socio su derecho al informe de auditoría mediante la inscripción del nombramiento, de forma que cuando presente las cuentas anuales del ejercicio 2011 en el Registro Mercantil para su depósito, deberá acompañarlas del informe de auditoría de cuentas realizado por esa misma empresa auditora. Por lo que se ha de concluir que la auditoría voluntaria 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 para la entidad mercantil de «‹Tort Alba, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XIV de Barcelona el 14 de mayo 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, 23 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de número XIV de Barcelona.

Resolución de 23 de abril de 2013 (3.ª)

En el expediente 192/12 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gramer Cartera, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 30 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, como titular de más del 5% del capital social de «Gramer Cartera, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta no presentó oposición al nombramiento registral de auditor solicitado por la minoría.

III

El Registrador Mercantil número VI de Barcelona resolvió, con fecha 22 de mayo de 2012, desestimar la solicitud formulada por la socia minoritaria. Mantuvo que el hecho de que la sociedad no hubiera formulado su oposición no debe impedir que el Registrador Mercantil conozca todas las cuestiones que plantea el expediente, aunque no hubieran sido alegadas. Señaló que si bien es cierto que la socia minoritaria reúne las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas no obstante la solicitante ostenta el cargo de administradora solidaria de la compañía. En efecto, conforme a la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, la concurrencia en el solicitante de 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. Esto es lo que ocurre en el caso presente en el que el solicitante ha ejercido y ejerce la administración solidaria de la sociedad durante todo el ejercicio de 2011, siendo así que puedo 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 en este caso habría tenido que contar con el acuerdo y consentimiento de los demás socios.

IV

Contra dicha resolución doña ….. solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: Que el Registrador Mercantil ignora que en el momento de solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas ya no ostentaba el cargo de administradora solidaria, dado que en la Junta general Extraordinaria, celebrada el 11 de enero de 2012 se acordó el cese de todos los administradores solidarios. Se adjunta copa simple de cese y nombramientos de cargos y modificación estatutaria, autorizada por el notario don Francisco Armas Omedes, el 25 de enero de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capitales, 42 del Código de Comercio, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2005 y, como más recientes, la de 9 de diciembre de 2008, la de 21 de abril de 2009 y 2 de septiembre de 2010.

La única cuestión que platea el presente recurso se centra en determinar si la socia que ostentó la condición de administrador solidario de la compañía puede o no solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas anuales del último ejercicio vencido.

Sobre esta cuestión, este Centro Directivo ha mantenido que el hecho de que el socio minoritario ostente la condición de administrador social no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, propietario de un porcentaje de capital social no inferior al 5%. Esto solo ocurriría si durante el ejercicio económico para el que solicita la auditoría hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ostentado la administración solidaria, porque en este último caso, habría podido contratar por si mismo los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración.

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que, como alega la solicitante de la auditoría, ha ejercido la administración solidaria de la compañía junto con otra administradora solidaria –hasta el 11 de enero de 2012– y

durante todo el ejercicio cuya auditoría solicita, siendo así que durante el ejercicio de este cargo tuvo la oportunidad de contratar los servicio de un auditor para verificar las cuentas anuales de la empresa, si hubiera creído conveniente disponer de un informe de auditoría.

Por tanto, procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid, pues no se estima conforme a derecho desencadenar una actividad registral, administrativa, o judicial con el fin de obtener lo que ha estado en la capacidad de quien lo solicita y dentro de su esfera de actuación personal.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., solicitante de la auditoría de cuentas, contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número VI de Barcelona el 22 de mayo 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, 23 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VI de Barcelona.

Resolución de 24 de abril de 2013 (1.ª)

En el expediente 191/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de unos socios de «Alttoglass, S.A.».

HECHOS

I

D….. y don ….., éste último, en nombre y representación de la entidad mercantil Byada, S.A., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Castellón el 21 de mayo 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 «Alttoglass, S.A.», con el fin de ejercitar el derecho de separación de la sociedad.

II

Notificada dicha solicitud a la sociedad, ésta a través de su administrador único don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que a los solicitantes no les corresponde el ejercicio del derecho, entre otras razones, porque solo sería aplicable a lo ejercicios posteriores al del año en que dicho precepto entró en vigor. 2.º) Que, aunque no fuera así, cualquier derecho debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, de tal manera que el no reparto de los dividendos está plenamente justificado por el fin al que va dirigido que es el interés de la sociedad. 3.º) Que el deber de lealtad y fidelidad de los socios se concreta en modular el ejercicio de los derechos que a los socios le reconoce la Ley. 4.º) Que, habida cuenta de las funestas consecuencias que tendría el derecho de separación, la administración ha decidido convocar a la Junta General Extraordinaria con el fin de dejar sin efectos el acuerdo de no reparto de dividendos, quedando así sin causa ni justificación el derecho de separación de los solicitantes. 5.º) Que, por último, el Real decreto ley 9/2012 pospone la aplicación del artículo 348 bis) hasta el ejercicio correspondiente al año 2014.

III

El Registrador Mercantil de Castellón, con fecha de 1 de septiembre de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, sobre la base de que la Ley 25/2011, de 1 de agosto, en su Disposición final sexta establece que la Ley entrará en vigor el 2 de octubre de 2011. La sociedad cierra su ejercicio el 31 de diciembre de cada año y la Junta que acordó la no distribución de beneficios es de 13 de abril de 2011, por lo que en la fecha del acuerdo ya había nacido, sin ninguna duda el derecho del artículo 348 bis). La segunda alegación relativa a la convocatoria de una Junta General la sociedad desdice lo manifestado en sus alegaciones anteriores.

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

V

Finalmente, el 16 de julio de 2013 tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un escrito de los solicitantes del nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de sus acciones, en el que formularon las alegaciones que estimaron pertinentes, en favor del mantenimiento del acuerdo del Registrador Mercantil recurrido por la sociedad.

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 reciente, la de 2 de marzo de 2002, 17 de octubre de 2006 y 25 de octubre de 2012.

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 razón que llevó al legislador a introducir esta causa de separación fue, básicamente, la de amparar el derecho de las minorías de sociedades de capital que por regla general, son ajenas a la gestión y administración, configurando el derecho de los socios minoritarios a separarse de la compañía cuando el/los socios mayoritarios se nieguen a la distribución de, al menos, una parte de los beneficios obtenidos, mientras que el socio mayoritario –a veces, sin justificación suficiente– los ha percibido indirectamente por otros medios (como puede ser las retribuciones de los administradores).

Para que concurra la causa de separación social del artículo 348 *bis*) el legislador exige, en primer lugar, que la sociedad lleve, al menos cinco años inscrita en el Registro Mercantil, es decir, desarrollando la actividad comercial y empresarial propia de su objeto social, presupuesto que concurre en el caso presente; en segundo lugar que existan beneficios producidos en el ejercicio económico, generados por la explotación del objeto social de la compañía; que exista un acuerdo de la Junta General que no contemple la distribución de dividendos, ni siquiera de un tercio de los beneficios; y, por último, que el socio o socios que no votó a favor de dicho acuerdo adoptado por la mayoría

ejercite su derecho de separación en el plazo de un mes desde la reunión de dicha Asamblea general. Así resulta del tenor literal del artículo que dispone: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales 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».

Y continúa su número dos, estableciendo: «2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios».

Por tanto, en el caso presente, procede confirmar la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Castellón declarando procedente el nombramiento solicitado, dado que durante la vigencia del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital tuvo lugar la celebración de la Junta General ordinaria de 13 de abril de 2011, que acordó el no reparto de dividendos entre los accionistas y éstos, por su parte, requirieron a la sociedad mediante acta notarial de 10 de mayo de 2012 con el fin de comunicarle el ejercicio del derecho de separación que dicho precepto les reconoce.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por José Luís Martínez Piquer, administrador único de «Altttoglass, S.A.», contra la Resolución del Registrador Mercantil de Castellón de 1 de junio 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, 24 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Castellón.

Resolución de 24 de abril de 2013 (2.ª)

En el expediente 193/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Exportadora Cinematográfica Española, S.L.».

HECHOS

I

D….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 5 de marzo de 2012 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 «Exportadora Cinematográfica Española, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador, don …..., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad tiene un futuro incierto pues debido a la crisis económica y a su falta de actividad, carece de liquidez para afrontar los gastos de auditoría. 2.º) Que la Junta ordinaria para la aprobación de cuentas anuales está convocada para el próximo 28 de junio de 2012 y en dicha Junta el solicitante puede obtener los datos contables y la información que necesita, si tener que acudir al nombramiento por el Registrador Mercantil.

III

El Registrador Mercantil número IV de Madrid, con fecha 8 de junio de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, con independencia de que la sociedad nunca haya negado información al solicitante, el derecho que tienen los socios a solicitar auditor de cuentas 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 que, aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. Respecto a la mala situación económica de la sociedad y el gran quebranto económico que la auditoría provocaría, no pueden enervar la pretensión del solicitante, pues el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es taxativo –sin que quepa margen interpretativo alguno– tanto al fijar las condiciones para su ejercicio como al disponer que los gastos que origina la auditoría han de correr a cargo de la sociedad. Por último, en cuanto al deseo de venganza por parte del solicitante mediante el ejercicio de este derecho, 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.* artículos 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en 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 esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la primera cuestión plateada en el escrito de oposición, relativa a la posibilidad de que el socio obtengan los datos que necesita en la próxima Junta General Ordinaria, este Centro Directivo ha sentado la doctrina de que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla (*cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

A mayor abundamiento, se ha de señalar que antes de la celebración de la Junta los socios deben poder disponer del informe de auditoría, para poder pronunciarse con mayor conocimiento de causa sobre la oportunidad de aprobar o no las cuentas formuladas por los administradores sociales.

2.º Por último, se ha de señalar que el motivo de oposición relativo a las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, tampoco puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Como ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador de «Exportadora Cinematográfica Española, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número IV de Madrid 8 de junio 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, 24 de abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de número IV de Madrid.

Resolución de 25 de abril de 2013 (1.ª)

En el expediente 194/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Construcciones, Reformas y Contratas G.M.G, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, presentó un escrito en el Registro Mercantil de Las Palmas el 30 de marzo de 2012 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 33'33% del capital social de «Construcciones, Reformas y Contratas G.M.G, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad, tras varios intentos de notificación que resultaron infructuosos, ésta a través su administrador único, don ….., finalmente, se opuso a la solicitud, alegando, en esencia: 1.º) Que se le ha dado traslado al socio solicitante de la auditoría de cuentas de la difícil situación económica por la que atraviesa la compañía, puesto que en realidad carece de actividad económica, recayendo el peso de las obligaciones de contenido económico en el otro socio, don ….. y en él mismo. Como consecuencia de esta situación, reflejada en las cuentas anuales que están en poder del solicitante, la sociedad no puede afrontar los gastos del auditor de cuentas. 3.º) Que el socio solicitante,

desde que dejó de percibir honorarios de la compañía, ha desplegado una actuación desleal, de mala fe y perjudicial para los intereses sociales. Esta misma solicitud no se formuló ni por la supuesta desconfianza del solicitante en el modo de llevar la contabilidad social ni tampoco por su interés en conocer la verdadera situación de la empresa, sino por someter a la sociedad a una situación más difícil en términos económicos.

III

El Registrador Mercantil número III de Las Palmas, con fecha 23 de mayo de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Mantuvo que el Registrador mercantil no puede entrar a conocer los motivos que han llevado al socio minoritario a solicitar la auditoría de cuentas, sin que sea preciso en estas solicitudes de nombramiento registral de auditor de cuentas expresar la causa de la petición, dado que es siempre y típicamente la misma. En cuanto el acceso del socio a la información contable de la sociedad, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido reiteradamente, que los derechos de información y auditoría, aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. Anteriormente, la Ley exigía 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... Por último, respecto a la mala situación económica de la sociedad y el gran quebranto económico que la auditoría provocaría, no pueden enervar la pretensión del solicitante, pues el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es taxativo –sin que quepa margen interpretativo alguno– tanto al fijar las condiciones para su ejercicio como al disponer que los gastos que origina la auditoría han de correr a cargo 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 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 esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la primera cuestión plateada en el escrito de oposición, cuestionando las motivaciones del peticionario, este Centro Directivo ha mantenido, reiteradamente, que el limitado ámbito de conoci-

miento 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.* artículos 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 a la información facilitada al socio por su administrador único también esta Dirección General ha mantenido que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo hecho uso del derecho de información *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º Por último, el motivo de oposición relativo a las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, tampoco puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Como ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador único de «Construcciones, Reformas y Contratas G.M.G, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número III de Las Palmas 23 de mayo 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 abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Las Palmas.

Resolución de 25 de abril de 2013 (2.ª)

En el expediente 195/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bannon Port, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 30 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, como titular de más del 5% del capital social de «Bannon Port, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta no se opuso al nombramiento solicitado por la minoría.

III

La Registradora Mercantil número II de Barcelona resolvió, con fecha 16 de mayo de 2012, desestimar la solicitud formulada por el socio minoritario. Mantuvo que de la inscripción número 7.ª resulta que la Junta General Extraordinaria celebrada el 18 de noviembre de 1999 acordó el nombramiento del solicitante como administrador solidario. Conforme a la doctrina mantenida por la Dirección general de los Registros y del Notariado, 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, lo que no habría podido hacer i la administración fuese mancomunada, dado que en este caso los administradores habrían tenido que actuar conjuntamente *(cfr.* artículo 1692 del Código Civil).

IV

Contra dicha resolución don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que el nombramiento de auditor de cuentas debe realizarse por la Junta General de socios y no por el órgano de administrador, tal como resulta del artículo 264 de la Ley de Sociedades de capital. 2.º) Que el solicitante formuló su solicitud de auditoría dentro del plazo legal previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, cumpliendo todos los requisitos formales exigidos por dicho artículo, como puso de manifiesto la Registradora Mercantil en

el acuerdo recurrido. 3.º) Que aunque figure en el registro como administrador solidario nunca ha ejercido de forma real de administrador social, ni ha intervenido en la gestión y administración de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 42 del Código de Comercio, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2005 y, como más recientes, la de 9 de diciembre de 2008 y la de 21 de abril de 2009.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar que las obligaciones relativas a competencia y plazo de nombramiento recogidas en el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital solo rezan para as sociedades que no pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas de forma abreviada, es decir, para aquellas que tienen que adjuntar a sus cuentas anuales el informe de verificación contable realizado por un auditor de cuentas. En cambio, para aquellas otras que pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas anuales en forma abreviada, tanto la Junta general como el órgano de administración social pueden proceder a contratar los servicios de un auditor de cuentas, dado que se trata de un acto de gestión y buena administración.

2.º La única cuestión que platea el presente recurso se centra en determinar si el socio que ostenta la condición de administrador solidario de la compañía puede o no solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas anuales del último ejercicio vencido.

Sobre esta cuestión, este Centro Directivo ha mantenido que el hecho de que el socio minoritario ostente la condición de administrador social no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, propietario de un porcentaje de capital social no inferior al 5%. Esto solo ocurriría si durante el ejercicio económico para el que solicita la auditoría hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ostentado la administración solidaria, porque en este último caso, habría podido contratar por si mismo los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración.

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que, como consta e el Registro Mercantil en la hoja abierta a la sociedad, solicitante de la auditoría ostenta junto con dos personas más la administración solidaria de la compañía desde la Junta General Extraordinaria celebrada en el ejercicio 1999, siendo así que el ejercicio de este cargo de administrador le brindó la oportunidad de contratar los servicio de un auditor para verificar las cuentas iniciales de la empresa, si hubiera creído conveniente disponer de un informe de auditoría. Poco ha de importar para llegar a esta conclusión que el socio no haya ejer-

cido, efectivamente, como tal administrador pues mientras ostente este cargo, siempre podrá realizar en el futuro la contratación de un auditor de cuentas para conocer si la contabilidad social refleja o no la realidad patrimonial y financiera de la compañía.

Por tanto, procede confirmar la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Barcelona, pues no se estima conforme a derecho desencadenar una actividad registral, administrativa, o judicial con el fin de obtener lo que ha estado en la capacidad de quien lo solicita y dentro de su esfera de actuación personal.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número II de Barcelona el 16 de mayo 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 abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número II Barcelona.

Resolución de 29 de abril de 2013 (1.ª)

En el expediente 198/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Turismo Interior, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., administradora solidaria de «Ausinco, S.A.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 30 de marzo 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 «Turismo Interior, S.A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que en la solicitud no se indica si se solicita el nombramiento de auditor de cuentas por estar la sociedad obligada a auditar sus cuentas anuales o por solicitarlo así un socio minoritario. Dichos motivos son sustancialmente diferentes y dan lugar a distinto tratamiento jurídico. 2.º) Falta de legitimación de la entidad mercantil «Ausinco, S.A.», puesto que, de acuerdo con los Estatutos Sociales, la condición de socio se acredita mediante la exhibición de títulos nominativos o de sus resguardos provisionales emitidos por la sociedad o por la confrontación del Libro registro de socios, siendo así que el solicitante no ha fundado su legitimación en ninguno de los anteriores medios, sino que se ha limitado a desenterrar su escritura pública de 1989. La condición de socio debe ser reconocida por los órganos de gestión y/o gobierno de la sociedad y si la sociedad no ha certificado que el solicitante no es socio es que carece de legitimación para instar el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil. 3.º) Que además de lo anterior el documento presentado por Ausinco, S.A. debió ser rechazado, dado que no fue presentado personalmente ni la firma de la solicitud está legitimada notarialmente, por lo que, ante los errores que contiene, es exigible el máximo rigor.

III

El Registrador Mercantil de Cuenca, con fecha 28 de abril de 2012 requirió a la representante de la sociedad «Ausinco, S.A.», solicitante de la auditoría de cuentas, para que en el plazo de diez días presentara en el Registro Mercantil expediente original o testimonio notarial del documento público de compraventa de acciones, acreditándose la liquidación del impuesto correspondiente. A dicho requerimiento la sociedad solicitante de la auditoría de cuentas contestó mediante escrito recibido en el Registro Mercantil el 21 de mayo de 2012, al que adjuntó testimonio notarial de la escritura pública de compraventa de acciones otorgada el 10 de mayo de 1989 ante el notario de Madrid, don Augusto Gómez Martinho Faerna con el número 884 de su protocolo, con la liquidación del impuesto correspondiente, de 8 de mayo de 2012.

IV

Por resolución de 2 de junio de 2012 el Registrador Mercantil de Cuenca desestimó la oposición de la sociedad por reunir la entidad mercantil solicitante de la auditoría las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige, sin que pueda prosperar la alegación de falta de legitimación, al haber aportado el solicitante testimonio notarial de la escritura pública de compraventa de acciones y haber solicitado el nombramiento dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social. Añadió respecto a la alegación de no expresión de la causa que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que es indiferente que el escrito de solicitud indique o no la causa de la petición, ya que en este tipo de expedientes la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. En cuanto a la carencia 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.

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. Entiende que la resolución registral no puede presumir la legitimación del solicitante cuando el órgano de administración social no lo hace.

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 y 21 de mayo de 2007, 11 de siembre de 2009.

1.º El presente expediente mantea diversas cuestiones que serán sucesivamente resueltas en esta resolución. 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 –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que, por si sola, no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que el solicitante no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: la escritura pública de compraventa de acciones otorgada el 10 de mayo de 1989 ante el notario de Madrid, don Augusto Gómez Martinho Faerna, con el número 884 de su protocolo, con la liquidación del impuesto correspondiente, de 8 de mayo de 2012, sin que la sociedad, por su parte, haya aportado prueba alguna demostrativa de que la compañía peticionaria hubiera perdido el porcentaje de participación social que alegó o la condición de socia. En contra de lo que la sociedad entiende, la condición de socio no la confiere el reconocimiento por el órgano de administración de tal condición, sino la

propiedad sobre las acciones y dicha titularidad dominical ha sido suficientemente acreditada por la entidad mercantil solicitante de la auditoría. En definitiva, las alegaciones del recurrente no pueden prosperar porque intentan trasladar al peticionario de la auditoría la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni reglamentariamente, olvidando que éste ya ha demostrado su condición de socio y su titularidad sobre, al menos, el 5% de capital social. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar –y no lo ha hecho– que el accionista ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que esta legitimado para solicitar la auditoría.

Además de lo señalado en el párrafo precedente esta Dirección General ha rechazado, y lo hace nuevamente, porque significaría dejar al arbitrio de una de las partes –la sociedad– el ejercicio de un derecho que la Ley reconoce a la otra –el socio–, que la única forma de acreditar la condición de socios sea la que resulta del libro registro a que se refiere el artículo 104 la Ley de Sociedades de Capital o, la exhibición de los títulos o el libro registro de acciones nominativas a que se refiere el artículo 116 de esta misma ley.

2.º Cuestión íntimamente conectada a la anterior es la referida a la falta de legitimación de la firma de doña ....., en nombre y representación de «Ausinco, S.A.». solicitante de la auditoría de cuentas. 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 del firmante que en este caso fue la administradora solidaria de la empresa «Ausinco, S.A.». lo que probó mediante la invocación de los datos registrales de la compañía y del acuerdo de 1 de agosto de 2008, elevado a público e inscrito en su hoja registral, como también fue suficiente que el escrito de oposición de la sociedad estuviera firmado por quien se identificó como su Consejero Delegado sin que tuviera que acreditar su identidad o la vigencia de su representación.

3.º Por último, en cuanto a la causa de la solicitud que a juicio de la sociedad es confusa, por no haberla indicado en la instancia, se ha de recordar al recurrente la doctrina mantenida por este Centro Directivo 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– conforme a la cual, 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 solicitud del art. 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 art. 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 la regulación contenida en el art. 350 del mismo cuerpo reglamentario que queda enlazado con otro supuesto que es el del art. 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, completamente diferente al número 2 del mismo artículo.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador único de «Turismo Interior, S.A.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Cuenca el 2 de junio 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 abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Cuenca.

Resolución de 29 de abril de 2013 (2.ª)

En el expediente 199/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Camping La Rioja, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de La Rioja el 5 de marzo de 2012 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 verificar las cuentas del año 2011. Alegaron ser titulares, respectivamente, de 1700 participaciones sociales representativas del 33% del capital social y de 637 representativas del 12’49 de «Camping La Rioja, S.L.».

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante omite decir en su instancia que con fecha de 18

de octubre de 1981 transmitió 1063 participaciones sociales a doña ….., según se desprende la escritura pública de compraventa de esa misma fecha, autorizada por el notario don Palmacio López Ramos, bajo el número 915 de su protocolo. 2.º) Que si bien posteriormente se tramitó un procedimiento judicial que afectó a dicha transmisión, se desconoce si el Sr. ….. ha recuperado la titularidad de las citadas participaciones sociales 3.º) Que además de lo anterior se niega la legitimación a los firmantes por ser la presente solicitud un acto de mala fe. 4.º) Que don ….. oculta que desde el año 2004 ocupó el cargo de administrador único de la compañía, siendo cesado en la Junta general de 27 de junio de 2011, que tuvo que ser convocada judicialmente ante el caso omiso que hizo de la solicitud formulada por los socios.

III

A la vista de dicho escrito la Registradora Mercantil de La Rioja, con fecha 4 de mayo de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas, por entender que no basta cuestionar la legitimación de los solicitantes, sino que es preciso probar que perdieron la legitimación de socios o el porcentaje de participaciones sociales que alegaron, lo que la sociedad no hace. Y, si bien es cierto que aporta una copia del acta de 25 de octubre de 2004 autorizada por el notario don Carmelo Prieto Ruiz, en la que no figura presente don ….. y se manifiestan ciertas discrepancias sobre la titularidad de ciertas participaciones sociales, no es menos cierto que no se aclara si son o no del solicitante. En cuanto a la alegación sobre la mala fe y coincidencia de la condición de administrador y socio, mantuvo que respecto a la mala fe no puede presumirse nunca y que respecto a la coincidencia de la condición de socio y administrador de la compañía, don ….. dejó de serlo el 27 de junio de 2011.

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 reiteración.

V

Finalmente, don ….. y don ….., solicitantes de la auditoría de cuentas, presentaron un escrito en la Oficina de Correos dirigido al Registro Mercantil de La Rioja solicitando el mantenimiento del acto recurrido y alegando para ello los argumentos que tuvieron por 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 Resolu-

ciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de septiembre de 1993, la de 19 de octubre de 2007 y 18 de julio de 2011.

1.º El presente recurso plantea diversas cuestiones que serán sucesivamente resueltas en esta resolución. Sobre la primera de ellas, relativa a la legitimación de los solicitantes, cabe señalar que la sociedad en ningún momento discutió la condición de socios de la compañía de los peticionarios, sino solo el porcentaje de participación en el capital social que don ….. alegó en su instancia, debido a la transmisión de 1063 participaciones sociales a una tercera persona. Pues bien, sobre esta cuestión baste recordar que la Ley de Sociedades de Capital solo exige, para ejercitar el derecho a la verificación contable del último ejercicio económico, que el /los solicitantes del nombramiento registral de auditor ostenten por sí mismos o en unión de otros al menos un 5% de capital social de la compañía a auditar. Dicho porcentaje está ampliamente acreditado por los solicitantes, dado que, aún en el supuesto de que don …..., hubiera transmitido 1063 participaciones sociales de las 1700 de las que era propietario, conserva aún 637, lo que unido a que don ….. acreditó ostentar el 12% de capital social, permite llegar a la conclusión de que está suficientemente acreditada la legitimación de ambos para instar el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona el derecho de don ….., solicitante de la auditoría de cuentas por haber sido administrador único de la compañía. En efecto como indicó la Registradora Mercantil, la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no ha de impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por la condición de socio. Esto solo ocurriría si hubiese gestionado en exclusiva los asuntos sociales como administrador único o so fuese administrador solidario pues en este caso habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración, lo que no habría podido hacer si fuese administrador mancomunado porque en este caso habría tenido que contar con el acuerdo y consentimiento de los demás (*cfr.* art. 1692 del C. C). En el caso presente, el solicitante de la auditoría cesó en el cargo de administrador único en la Junta General de 27 de junio de 2011 y, por tanto, cuando solicitó el nombramiento registral de auditor llevaba más de ocho meses sin ostentar este cargo.

3.º Por último, debe rechazarse también la alegación de la sociedad que cuestiona la buena fe de los solicitante pues 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.* artículos 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 «Camping La Rioja, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de La Rioja el 4 de mayo 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 abril de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de La Rioja.

Resolución de 7 de mayo de 2013 (1.ª)

En el expediente 221/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de un socio de «Trazados Capital-Renta, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en su condición de administrador único de la entidad mercantil «Proyectos, Aseoramientos y Transportes, S.L.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Murcia, el 29 de mayo de 2012 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales representativas del 33% del capital social en la entidad mercantil «Trazados Capital-Renta, S.L.», con el fin ejercitar el derecho de separación del socio, reconocido por los artículos 348 *bis* y 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Alegó que en la Junta General Ordinaria de la compañía celebrada el 29 de marzo de 2012 su representada solicitó el reparto de dividendos del ejercicio que ascendía a la suma de 73.151'85 euros, tal como resulta de la cuenta de pérdidas y ganancias. Como resulta del Acta Notarial, autorizada por el notario de Cartagena, don Jesús de la Fuente Galán, el representante mayoritario de la sociedad votó en contra del reparto de dividendos. Ante tal negativa y tras infructuosos intentos de llegar a un acuerdo con la

sociedad para obtener el valor razonable de sus participaciones sociales, solicitó el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

II

La sociedad, a través de don ….., representante persona física del administrador único «Ilusiones y Proyectos de Marina, S.L.» de la entidad mercantil afectada por la solicitud, se opuso a dicha pretensión, alegando, en esencia: 1.º) Que las discrepancias sobre el ejercicio del derecho de separación se debe resolver en sede judicial. 2.º) Que no puede aceptar el ejercicio del derecho de separación, al estar suspendido el artículo 348 bis) de la ley de Sociedades de Capital. 3.º) Que el precitado artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital vulnera nuestro ordenamiento jurídico. 4.º) Que la Ley de Sociedades de Capital, en el precitado artículo, trata de forma separada e independiente cada uno de los presupuestos que han de concurrir para que haya lugar al ejercicio del derecho de separación. 5.º) Que el 26 de marzo de 2012 se celebró la Junta de socios convocada tratando en ella únicamente los puntos o asuntos que constaban en el orden de día. Hecho que resulta acreditado de la lectura del acta notarial de la Junta General Ordinaria, en la que tras tener por válidamente constituida la junta se sometió a debate y a votación por los socios los puntos del orden del día y, entre ellos el relativo al «Estudio y, en su caso, aprobación de las Cuentas anuales de la Compañía, la Memoria y el Informe de Gestión, correspondiente al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010». En relación con este punto en el acta notarial consta que la entidad Ilusiones y Proyectos de Marina, S.L. titular del 70 por ciento vota a favor, y Proyectos, Asesoramiento y Transportes, S.L. titular del 30%, vota en contra, solicitando expresamente el reparto del beneficio obtenido durante el ejercicio. Dicha solicitud del socio no fue objeto de debate ni de votación tal y como consta en el acta levantada por el notario por no constar en el orden del día este punto, pasándose a la votación del siguiente punto del orden del día que era la aprobación de la gestión del órgano de administración. Es decir, el único acuerdo adoptado en la Junta fue la aprobación de la cuentas anuales, punto que como hemos señalado es independiente al de la aplicación del resultado, por lo que la aprobación de las cuentas no permite considerar aprobada la distribución del resultado propuesto en la memoria. 6.º) Que a lo expuesto cabe añadir que el administrador procedió a presentar, en plazo (el 25 de abril de 2012), ante el Registro Mercantil de Murcia, una solicitud para que dicho registro procediese al depósito de las cuentas anuales del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010 aprobadas en la junta general ordinaria celebrada el 29 de marzo de 2012. A dicha solicitud se adjunto, como exige la Ley: las cuentas a depositar, el informe de gestión, y el certificado de los acuerdos adoptados en la junta, transcribiendo los acuerdos adoptados, siendo así que el depósito fue denegado, en base a que en el certificado faltaba el acuerdo de aplicación de resultados transcribían los dos acuerdos adoptados. 7.º) Que para subsanar el defecto se procedió a la convocatoria de una nueva Junta general para celebrar los días 30 y 31 de mayo, en primera y segunda convocatoria, respectivamente, en la que se acordó por mayoría la anulación de los acuerdos adoptados en la Junta general de 29 de marzo de 2012 y l aplicación de resultados conforme a la propuesta formulada por el solicitante del nombramiento registral de auditor, es decir, distribución de dividendos. 8.º) Que, consecuentemente, ha quedado acreditado que el presente conflicto no consiste en una discordancia sobre el valor razonable de las participaciones de la sociedad, sino que gira en torno a la existencia del derecho de separación mismo, que no esta regulado en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. No siendo además competente el Registrador Mercantil para resolver este conflicto, que sólo puede ser resuelto por la jurisdicción civil (juzgado de lo mercantil), toda vez que la potestad jurisdiccional está reservada por la Constitución de forma exclusiva y

excluyente a Juzgados y Tribunales, y por lo tanto no puede un órgano que no forme parte del Poder Judicial resolver litigios entre partes privadas.

III

A la vista de tal escrito el Registrador Mercantil de Murcia el 5 de junio de 2012 acordó suspender el procedimiento, al existir depositadas en este Registro Mercantil cuentas de la mercantil «Trazados Capital-Renta, S.L.», correspondientes al mismo ejercicio 2010 aprobadas por unanimidad en una Junta General Universal distinta y anterior de la que se indica en el apartado anterior y hallarse pendiente de despacho una certificación firmada por el órgano de administración de dicha sociedad que, entre otros extremos, solicitaba la sustitución de las cuentas depositadas por las aprobadas en la junta general de 29 de marzo de 2012.

Practicada por este Registro Mercantil la cancelación de las cuentas anteriormente depositadas correspondientes al mismo ejercicio 2010 aprobadas en la junta general de 29 de marzo de 2012 que han sido sustituidas por las aprobadas en otra junta general posterior, la celebrada el 31 de mayo de 2012, de cuya memoria resulta haberse acordado aplicar el resultado de la compañía, 112.838,76 euros, a la distribución de dividendos, sin pronunciarse al respecto en dicha junta la mercantil «Proyectos Asesoramientos y Transportes Occidentales, S.L.». Esta última compañía fue requerida por el Registrador Mercantil para que acreditara haber ejercitado el derecho de separación y haberlo notificado a «Trazados Capital-Renta, S.L.» tempestivamente, lo que se acreditó aportando al respecto prueba por escrito.

IV

Trasladada la documentación a la sociedad, don Gerardo de la Torre Berbénen representante, persona física representante de la mercantil «Ilusiones y Proyectos de Marina, S.L.» que es administradora única de Trazados Capital-Renta, S.L., reiteró, nuevamente, su oposición a la solicitud alegando, resumidamente: 1.º) Que la Junta General de socios de 29 de marzo no decidió sobre la aplicación de resultado del ejercicio 2010 por no constar dicho extremo previsto en el orden del día, motivo por el cual este Registro Mercantil de Murcia rechazó depositar las cuentas aprobadas en dicha junta. 2.º) Que, celebrada nueva Junta General de socios el 31 de mayo de 2012, de la que levantó acta el notario de Cartagena, don Miguel Ángel Cuevas de Aldasoro, de la que se aporta copia, se acordó destinar a dividendos la totalidad del resultado del ejercicio 2010 según las cuentas depositadas de dicho ejercicio.

V

Por resolución de 19 de julio 2012, el Registrador Mercantil de Murcia acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales del solicitante. Mantuvo que el Registro Mercantil en que está inscrita la sociedad cuyas participaciones deben ser objeto de valoración por el auditor, debe examinarse si, a los limitados efectos de proceder a su nombramiento, concurren los requisitos precisos, por concurrir uno de los supuestos que la ley considera suficiente para que el socio de una sociedad limitada pueda ejercer el derecho de separación. De la documentación aportada por el peticionario que se detalla en los hechos se afirma la concurrencia de los requisitos que determinan la posibilidad de que el socio disconforme pueda ejercitar el derecho de separación y se acredita que el derecho se ejercitó en tiempo y forma el Regis-

trador Mercantil tiene competencia en este procedimiento para decidir si procede o no el nombramiento de auditor de cuentas, a la vista de la falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor de las participaciones sociales, sobre las personas que hayan de ejercer la auditoría de cuentas o sobre el procedimiento a seguir. Por lo que se refiere a la alegación de no haberse acordado en la Junta General celebrada el 29 de marzo de 2012 la aplicación de resultado del ejercicio 2010 íntegramente a reservas con el voto en contra de la peticionaria que solicitó expresamente el reparto de dividendos, resulta contradicha por el contenido del acta de dicha junta levantada por el notario de Cartagena, don Jesús de la Fuente Galán, de la que resulta haber concurrido a la junta los dos únicos socios de la sociedad, haberse sometido a estudio y aprobación, entre otros, la Memoria correspondiente al ejercicio social cerrado a 31 de diciembre de 2010 (que incluye un apartado 3 relativo a aplicación de resultados en el que se prevé destinar el resultado positivo del ejercicio de 112.838,76 euros a reservas voluntarias, quedando en blanco el apartado destinado a dividendo) y que la mercantil «Ilusiones y Proyectos de Marina, S.L.» vota a favor en tanto que «Proyectos Asesoramientos y Transportes Occidentales, S.L.», vota en contra, solicitando expresamente el reparto del beneficio obtenido durante el ejercicio. Debiendo añadirse que el defecto observado por este Registro Mercantil que, junto a otro, impidió inicialmente el depósito de las cuentas aprobadas en dicha junta fue la falta de constancia en la certificación presentada de la aplicación de resultado, lo que hubiera podido subsanarse fácilmente añadiendo dicho dato a la certificación sin necesidad de convocar nuevamente a los socios y sin que se señalara defecto alguno respecto del contenido de la convocatoria de la junta general que, cabe añadir, hubiera resultado improcedente en un caso como el que nos ocupa en que están presentes los dos únicos socios y consta en la documentación por ellos examinada el destino que se propone y acuerda dar a los beneficios obtenidos en el ejercicio. Por lo que se refiere a la incidencia de haberse celebrado nueva junta el 31 de mayo de 2012 en la que se acuerda aprobar las cuentas del mismo ejercicio 2010 con el mismo resultado que las anteriores pero esta vez acordando el reparto de dividendos, debe advertirse que no se discute la posibilidad de que la sociedad pueda modificar sus acuerdos con arreglo a lo que considere mejor para el interés común, pero ello no puede impedir el desenvolvimiento del derecho del socio nacido y ejercitado antes de producirse la modificación del acuerdo. Así lo dijo la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de enero de 2006 (RJ/2006/256) en un caso similar, si bien referido al ejercicio del derecho de separación como consecuencia de un acuerdo de modificación estatutaria que pretendió enervarse mediante otro acuerdo dejando sin efecto el anterior. Respecto de la competencia de este Registro Mercantil para tramitar el expediente de nombramiento de auditor en este caso existiendo oposición de la sociedad sobre la procedencia del derecho de separación debe advertirse que es precisamente ésta la causa de oposición alegada en la mayoría de los casos sometidos a la consideración de los Registradores Mercantiles y de la Dirección General de los Registros y del Notariado sin que haya estimado suficiente la existencia de contradicción para paralizar los expedientes, otra cosa sería si se acredita que la cuestión se ha planteado ante la jurisdicción ordinaria, en este caso Juzgado de lo Mercantil, pues en tal caso procedería la suspensión en tanto recayera sentencia sobre la procedencia del derecho de separación sin que nadie discuta a quien le corresponde decir la última palabra. Una última cuestión debe resolverse cual es el hecho de que con posterioridad a la celebración de la junta de que dimana el derecho ejercitado, de haberse producido dicho ejercicio y notificado a la sociedad e, incluso, de haberse solicitado de este Registro Mercantil la designación de auditor, se haya suspendido la vigencia del artículo 348 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital debe decidirse si procede suspender en este caso la tramitación del procedimiento, aspecto sobre el que guarda silencio la norma suspensiva. Sobre este particular las Disposiciones Transitorias 1.ª y 2.ª del Código Civil militan a favor de la continuación de este procedimiento. La Resolución DGRN de 22 de diciembre de 1998

consideró aplicable, a efectos de procedimiento similar al que nos ocupa, la legislación vigente al tiempo de celebrarse la junta de que dimana –el derecho. En este caso concurre además la circunstancia de estar solicitada la intervención de este Registro en momento anterior a la suspensión de la vigencia del artículo citado, siendo norma registral la retroacción de efectos al tiempo de practicarse el asiento de presentación de los documentos.

VI

Contra dicha resolución, don ….., representante persona física de «Ilusiones y Proyectos de Marina, S.L.» administrador único de la entidad mercantil afectada por la solicitud interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando las alegaciones aducidas en sus dos escritos de oposición a la solicitud y añadiendo, en esencia: 1.º) Que en este caso no concurre un presupuesto esencial para el ejercicio del derecho de separación previsto en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, puesto que la Junta general de la sociedad que aprobó las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010 no acordó el no reparto de dividendos. 2.º) Que la administración de la sociedad remitió un escrito mediante burofax al socio «Proyectos Asesoramientos y Transportes Occidentales, S.L.» el día 3 de mayo de 2012, en contestación a su carta de 17 de abril de 2012, en el que se pone en su conocimiento que no se cumplen los requisitos del artículo 348 bis para poder ejercitar su derecho de separación, sin que el socio haya instado hasta la fecha ningún tipo de actuación tendente a que se le reconozca el ejercicio de su derecho en sede judicial. 2.º) Que, sin embargo, el socio sí ha presentado una solicitud para designación de auditor en el Registro Mercantil de Murcia, que ha dado como resultado la resolución que es objeto del presente escrito de interposición de recurso, obviando el socio de esta manera que la sociedad ya le ha manifestado su oposición al ejercicio del derecho y que la resolución de este conflicto excede a la competencia del Registrador siendo competencia de los Juzgados el conocer de esta controversia, toda vez que la potestad jurisdiccional está reservada por la Constitución de forma exclusiva y excluyente a Juzgados y Tribunales, y por lo tanto no puede un órgano que no forme parte del Poder Judicial resolver litigios entre partes privadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 348 *bis)* y 353 de la Ley de Sociedades de Capital, 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 1993, 20 de enero de 1998 y, como más reciente, la de 2 de marzo de 2002, 17 de octubre de 2006.

Procede determinar en esta resolución si estamos o no en presencia de uno de los supuesto establecidos en la Ley para la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas con el fin de determinar el valor aproximado de las participaciones sociales del solicitante. En efecto, constituye doctrina de esta Dirección General –que nuevamente se reitera– que el nombramiento de auditor para determinar el valor de las acciones o participaciones a que se refiere el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil está indisolu-

blemente 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 Murcia, toda vez que el acuerdo de la sociedad por el que se anularon los anteriores, aprobados por la Junta General celebrada el día 26 de mazo de 2012, no se adoptó por unanimidad, sino solo por uno de los dos socios de la compañía, precisamente, el socio mayoritario, de tal manera que como se desprende del Acta Notarial de la última Junta General de 31 de mayo de 2012, el socio minoritario y solicitante del nombramiento registral de auditor, voto en contra de la referida anulación de acuerdos, sobre la base de que la calificación negativa del depósito de cuentas de 2010 obedeció a una omisión de la certificación del órgano de administración que fue la relativa a la aplicación de resultados.

Consecuentemente y sin perjuicio del derecho de la sociedad a adoptar los acuerdos que tenga por conveniente, su decisión no puede impedir el ejercicio del derecho de separación, reconocido por una norma entonces vigente, el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, y ejercitado por el socio tras notificar a la sociedad por conducto notarial su decisión de abandonar la compañía, el 18 de abril de 2012. Y es que no ha de olvidarse que lo que el legislador pretendió reconociendo esta nueva causa de separación del socio fue preservar los derechos de las minorías que deseen percibir si quiera sea una parte de los dividendos obtenidos durante el ejercicio, frente a la opinión mayoritaria de la sociedad que desea invertirlos y capitalizar la compañía.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el precepto legal en el que fundamenta el ejercicio de este derecho, el artículo 384 bis fue suspendido temporalmente por la Disposición transitoria única de la Ley 1/2012, de 22 de julio, de simplificación de obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, hasta el 31 de diciembre de 2014, por lo que el socio, si no ejercita su derecho en el momento en que lo hizo, puede verse prisionero de la sociedad y de su mayoría social, si ésta acuerda en los futuros ejercicios económicos el no reparto de dividendos, cuando en realidad ejercitó su derecho de separación en el momento en que estuvo vigente el precepto que le facultaba para hacerlo y conforme a los requisitos exigidos en el mismo y en el artículo 353 de la ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., representante persona física de «Ilusiones y Proyectos de Marina, S.L.» administrador único de la entidad mercantil «Trazados Capital-Renta, S.L.» contra la decisión Registrador accidental del Registrador Mercantil de Murcia, de fecha 5 de junio 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, significándo-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Murcia.

Resolución de 7 de mayo de 2013 (2.ª)

En el expediente 204/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Jardí Mataró, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 29 de marzo 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 «Jardí Mataró, 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 …..., cuya representación acredita por escritura de poder general, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable. 2.º) Que, a pesar de lo anterior, la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo a la firma auditora «Audiaxis Auditores, S.L.P.» 3.º) Que, aún cuando dicho nombramiento no consta inscrito en el registro Mercantil, la firma auditora aceptó el encargo de auditar las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

III

A la vista de dicho escrito, la Registradora Mercantil número II de Barcelona requirió a la sociedad para que aportara al expediente copia auténtica o testimonio notarial de la escritura de poder para pleitos, otorgada en fecha 26 de julio de 2002, ante el notario de Barce-

lona don Ildefonso Sánchez Prat, número 1.213 de protocolo, que se adjuntó por fotocopia junto al escrito de oposición, o bien presentara escrito ratificatorio del citado escrito suscrito por persona o personas debidamente facultadas para representar a la sociedad «Jardi Mataro, S.L.» con cargo o poder que estuviera inscrito o, de no estarlo, junto a los documentos que acreditaran de forma completa su legitimación. La documentación pertinente que permitiera la inscripción de la designación de auditor alegada así como la aceptación del mismo. A dicho requerimiento la sociedad contestó mediante escrito presentado en el Registro Mercantil el 4 de mayo de 2012, al que adjuntó copia de la escritura de poder para pleitos, otorgada en fecha 26 de julio de 2002, ante el notario de Barcelona don Ildefonso Sánchez Prat, número 1.213 de protocolo. Fotocopia de la certificación expedida el día 29 de febrero de 2012 por doña Teresa Giralt Bertrán, en nombre y representación de la mercantil «Passi Giralt, S.L.», ésta última Administradora única de «Jardi Mataro, S.L.», con firma legitimada por el notario de Barcelona don Ildefonso Sánchez Prat, Prat el 25 de abril de 2012, de la que resulta que en la Junta General Ordinaria y Extraordinaria de socios celebrada el día 22 de diciembre de 2011 con presencia notarial, se acordó por mayoría con el voto favorable del 90,22% del capital social y el voto en contra del 9,78% restante, la reelección de la mercantil «Audiaxis Auditores, S.L.P.» como auditora de «Jardi Mataro, S.L.» para el ejercicio 2011. Asimismo, el 4 de mayo de 2012, la sociedad presentó para su inscripción la documentación relativa a la reelección del auditor designado, consistente en documento de aceptación del auditor de 27 de diciembre de 2011 y certificación acreditativa de la reelección de la firma auditora «Audiaxis Auditores, S.L.P.» para verificar la cuentas correspondientes al ejercicio 2011, con firmas legitimadas los días 20 y 25 de abril de 2012.

IV

La Registradora Mercantil número II de Barcelona, con fecha 23 de mayo de 2012, 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 efecto, aunque pudiera parecer lo contrario, la fecha del nombramiento no fue previa, ya que la carta de aceptación del auditor de cuentas consta con firma legitimada el 20 de abril de 2012, posterior al escrito de solicitud. Por otro lado, no garantizó el derecho del socio al informe de auditoría, dado que dicho nombramiento no llegó a causar inscripción y, habida cuenta de las circunstancias concurrente no se considera necesario suspender el procedimiento. Respecto a la manifestación de la sociedad de que no está obligada a auditarse, la Registradora Mercantil señaló que las sociedades que en principio no están obligadas a auditarse pasan a estarlo cuando lo solicita un socio que represente al menos el 5% de capital social.

V

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

sin necesidad de reiteración y añadiendo: Que la sociedad no comparte el criterio de la Registradora Mercantil que considera el nombramiento de auditor posterior a la solicitud, en base a la fecha de legitimación de la firma del auditor que consta en la carta de aceptación del encargo. Y ello porque la doctrina se refiere al «nombramiento», es decir, basta la formulación del encargo; por otra parte, la aceptación del auditor tuvo lugar el 27 de diciembre de 2011 y no el 20 de abril de 2012. También se garantizó al socio su derecho al informe de auditoría, puesto que se presentó la documentación necesaria para la inscripción del nombramiento, aún cuando el proceso de inscripción no haya concluido.

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, como indicó la Registradora Mercantil de Barcelona, las sociedades que, en principio no están obligadas a la verificación contable pasan a estarlo cuando lo solicita un socio que represente al menos el 5% de capital social de la compañía.

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 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 condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que para acreditar que hay auditoría de cuentas en curso es preciso acreditar la contratación del auditor *(cfr.* artículo 1262 del Código Civil) y, además, que esta contratación fue previa a la solicitud del socio minoritario, siendo así que de la documentación que consta en el expediente resulta que la primera fecha fehaciente de la aceptación del encargo de auditoría por el representante de la firma auditora es la de la legitimación notarial de la firma, el 20 de abril de 2012, la cual es posterior a la fecha de presentación de la instancia en el Registro Mercantil solicitando el nombramiento de auditor de cuentas. No cumpliéndose la primera de estas dos condiciones para enervar la petición de nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil, es indiferente acreditar el cumplimiento de la segunda, por lo que se ha de reconocer a la socia minoritaria el ejercicio del derecho que solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don Miguel Faus Rosanas, en nombre y representación de «Jardí Mataró, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número II de Barcelona el 23 de mayo 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 mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número II de Barcelona.

Resolución de 9 de mayo de 2013

En el expediente 152/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Casa Quemada Agrícola, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., en nombre y representación de doña ….., presentó un escrito en la Oficina de Correos de Madrid el 30 de marzo de 2012 dirigido al Registro Mercantil de Albacete, con entrada en dicho Registro el 3 de abril de 2012 solicitando, como titular de más del 5% del capital social de «Casa Quemada Agrícola, S.A.» y al amparo de lo dispuesto en los artículos 265.2 de la Ley d Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas sociales correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través del Secretario del Consejo de Administración, don ….. se opuso a dicha pretensión, alegando, resumidamente: 1.º) Que el poder aportado junto con la instancia, no autoriza a la persona que la suscribió para solicitar del registrador mercantil el nombramiento de auditor de cuentas. 2.º) Que la solicitud es extemporánea por haber sido presentada en el Registro Mercantil fuera del plazo de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social. Así se desprende los artículos 46, 47 y 52 del Reglamento del Registro Mercantil 3.º) Que la solicitud indica un domicilio social que no se corresponde con el real de la compañía. 4.º) Que el capital social está repartido en forma distinta de cómo indicó la solicitante. 5.º) Que la sociedad tiene dos Consejeros Delegados y un Consejo de Administración compuesto por seis miembros, es decir, por la totalidad de los socios, 5.º) Que la solicitante tiene conocimiento suficiente de la contabilidad social y de la marcha de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Albacete, el 18 de abril de 2012, acordó desestimar la oposición de la sociedad, por entender que según la sociedad en ninguna de las facultades conferidas en el poder general aparece la facultad referida al nombramiento de Auditor de Cuentas o para intervenir ante el Registro Mercantil de Albacete, aunque según se desprende la fotocopia del poder que se presentó junto con la solicitud de la petición en la facultad letra A) entre otras consta lo siguiente: «Este poder general para pleitos facultará para realizar válidamente, todos los actos procesales, comprendidos de ordinario en la tramitación de aquellos, cualquiera que sea el orden jurisdiccional –civil, penal, contencioso administrativo, laboral o militar– para intervenir ante toda clase de órganos de la Administración Nacional. Autonómica, Provincial o Municipal, en los expedientes que en ellos se promueva o se sigan. Para seguir toda clase de procedimientos de jurisdicción voluntaria regulados en leyes procesales o sustantivas»; debiéndose rechazar por lo tanto la alegación del recurrente que cuestiona el alcance del poder general para pleitos, puesto que dicho poder le ampara para actuar en su nombre ante cualquiera instancia de la organización judicial y de las Administraciones Nacionales, lo que es el Registrador Mercantil, dado que es la autoridad pública competente designada en la Ley de Sociedades de Capital y en el Reglamento del Registro Mercantil para declarar si es o no procedente el nombramiento de auditor solicitado –Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de Julio 2010–. Añádase además la no exigencia de especial rigurosidad, ni formalismo en el tratamiento que de estos expedientes formula el Reglamento del Registro Mercantil, al igual que la doctrina de la Dirección

General. Debe rechazarse también la alegación, referente a que la petición se ha formulado fuera del plazo que reconoce el Reglamento del Registro Mercantil para la solicitud del nombramiento de Auditor ante el Registro Mercantil, ya que como se ha citado en el «Hecho I» la instancia fue presentada por correo certificado el día 30 de marzo de 2012, circunstancia que no queda desvirtuada por el hecho de no haberse recibido el documento físico en éste Registro hasta el día 3 de Abril de 2012, por ser de aplicación el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de Septiembre de 2011. Tampoco puede estimarse la alegación referente ni a la incorrección en la instancia en cuanto al domicilio social, ni tampoco la referida a que el capital social está repartido de forma distinta a la señalada en la solicitud, ya que en cuanto al domicilio, tanto el indicado en la instancia, como el real de la Sociedad según el Registro, radican ambas en la provincia de Albacete, siendo por lo tanto éste Registro Mercantil, el competente para proceder a la práctica del nombramiento solicitado, conforme al Artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que en su apartado 1 dice «podrán solicitar del Registrador Mercantil del domicilio social el nombramiento de uno o varios auditores de cuentas, con cargo a la Sociedad»; y en cuanto a la distinta composición del Capital Social de dicha mercantil –según el Registro y de copia de certificado registral aportado en la alegación, el mismo se cifra en la cantidad de 93.155 euros, representado por 1.550 acciones nominativas de 60'10 euros de valor nominal cada una, numeradas correlativamente del 1 al 1.550– no habiendo demostrado la Sociedad que la solicitante no reúna el mínimo exigido por ley de al menos él 5%, sino todo lo contrario, ya que en las alegaciones manifiesta que cada uno de los hermanos Martínez Cuervas-Mons, es titular de 202 acciones, y la fallecida madre de los; hermanos, cuya herencia se encuentra sin repartir, era titular de 338 acciones. Debe decirse también, que aunque la solicitante tenga total conocimiento de la gestión y contabilidad de la compañía, habiéndole rendido cuentas y facilitándole información, dicho conocimiento se enmarca en el ejercicio del derecho de información que tienen todos los socios, el cual no puede confundirse con el de Auditoría, puesto que se trata de derechos que, aunque complementarios, son diferentes tanto por su finalidad y requisitos como por las condiciones para su ejercicio, el derecho de auditoría persigue que la contabilidad social cerrada a una determinada fecha sea verificada por un profesional de la auditoría, con el fin de conocer si esa contabilidad refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa –Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de Septiembre de 2011–. Además el solicitante no ostenta en exclusiva la gestión, ni administración social, de hecho según el Registro ni forma parte del Consejo de Administración.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General insistiendo en los argumentos aducidos en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos 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 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, 28 de julio de 2010 y las de 2 y 6 de septiembre de 2011.

1.º El presente recurso plantea dos cuestiones de carácter formal, siendo la primera de ellas la relativa a la suficiencia del poder con el que actúa doña Juana Martínez Sanz. Pues bien, en esta cuestión se ha de confirmar por ajustado a derecho el fundamento jurídico del Registrador Mercantil de Albacete que no hace más que reiterar la doctrina mantenida por el Centro Directivo, conforme a la cual la escritura de poder general presentada y otorgada por doña …… a favor de doña ……, faculta a esta última para realizar todos tipo de actuaciones ante cualquier funcionario u órgano de las Administraciones Públicas y ante Jueces y Tribunales, lo que faculta a la apoderada para solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas en nombre de la poderdante, socia minoritaria de la compañía, dado que mediante su solicitud está realizando un acto de gestión dirigido a conocer si las cuentas formuladas por los administradores sociales reflejan la realidad económica y financiera de la sociedad.

Cabe señalar, a mayor abundamiento, que a este procedimiento registral de nombramiento de auditor es aplicable, en todo lo no previsto en el Reglamento del Registro Mercantil, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 32.3 dispone que para formular solicitudes, entablar recurso o desistir de acciones basta acreditar la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna.

2.º La segunda cuestión de forma planteada es la relativa a la fecha de presentación de la instancia que debe tenerse en cuenta para determinar 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. Como se ha indicado anteriormente, 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, el día 30 de marzo de 2012, en vez de la fecha de entrada de la instancia en el Registro Mercantil de, Albacete el 3 de abril de 2012 y por tanto, se ha de concluir que la solicitante presentó su instancia dentro del plazo legal y reglamentariamente exigido.

3.º En cuanto a la propiedad sobre el concreto número de acciones que la solicitante alega y la sociedad discute, se de recordar al recurrente que para ejercitar el derecho del que se viene hablando la ley exige la propiedad de un número de acciones o participaciones sociales representativo de al menos el 5% del capital social de la compañía, siendo indiferente a estos efectos que el porcentaje de

participación sea superior o no al exigido. Pero es más, conforme a los datos registrales que constan en la hoja abierta a la sociedad, los cuales no han sido desvirtuados por la sociedad, la peticionaria reúne con creces el mínimo exigido para obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas que solicitó.

4.º Por último, sobre el conocimiento que haya podido tener la solicitante de la contabilidad social, este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., como Secretario del Consejo de Administración de «Casa Quemada Agrícola, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Albacete el 18 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, 9 de mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Albacete.

Resolución de 13 de mayo de 2013

En el expediente 196/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una sociedad de «Tribike Factory, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 28 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359

del Reglamento del Registro Mercantil, como titular del 33'34% del capital social de «Tribike Factory, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2011.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta no presentó oposición al nombramiento solicitado por la minoría.

III

El Registrador Mercantil número III de Barcelona, con fechas 8 de mayo de 2012 estimar la solicitud, dado que el socio peticionario reúne los requisitos de capital y tiempo exigidos legal y reglamentariamente para ejercer el derecho.

IV

Contra dicha resolución don ….., administrador de la sociedad afectada por la solicitud de auditoría interpuso, en tiempo y forma, recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que en el «hecho segundo» de la resolución se afirma que se llevó a cabo el intento de notificación de la solicitud a la sociedad, lo cual no es cierto pues la administración social no tuvo conocimiento de la solicitud inicial y, en consecuencia, no ha podido oponerse al nombramiento de auditor de cuentas, conforme a lo previsto en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil. Siendo la actual dirección a la que se remitió la resolución recurrida la dirección correcta, extraña que no se hubiese utilizado esta misma dirección postal para el traslado de la solicitud. 2.º) Que el motivo de oposición que se hubiera planteado es el de litispendencia como consecuencia del procedimiento judicial planteado por el propio solicitante de la auditoría ante el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona. De hecho el solicitante impugnó los acuerdos adoptados por la Junta General de socios de la compañía aprobados en la Junta de 15 de julio de 2011. En la actualidad se dirime el procedimiento judicial 515/2011, ante el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona. 3.º) Que además de lo anterior, se ha de dejar constancia de la mala fe con la que actuó el socio solicitante. 4.º) Que finalmente la resolución recurrida incurre en otro defecto de forma que es el relativo a la propia denominación de la sociedad. En efecto en el Fundamento único indica la denominación de «Font de Pa de La Mercé, S.L.».

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 10 de febrero de 1994 y 3 de octubre de 2006, 4 de diciembre de 2009.

1.º Con carácter previo, sobre el defecto de notificación alegado por el recurrente, se ha de señalar que el Registro Mercantil trasladó la instancia y

los documentos adjuntos al domicilio que consta inscrito en la hoja abierta a la sociedad y consta en este expediente que fue entregada el 5 de abril de 2012 a don ….., administrador de la compañía, por tanto, el alegado defecto no puede tener consecuencias en este procedimiento, en primer lugar, porque hay constancia de lo contrario, es decir, de que la sociedad conoció la petición de auditoría formulada por el socio minoritario; y, en segundo lugar, porque, aunque hubiera sido así, la posible indefensión que ello pudo originar ha sido ampliamente suplida en este trámite de alzada ante la Dirección general, en el que la sociedad recurrente ha alegado las causas de oposición al nombramiento de auditor de cuentas que tuvo por conveniente y todas ellas, sin excepción, serán dilucidadas en esta resolución.

2.º El segundo defecto alegado es el relativo al error cometido por el Registrador Mercantil en el fundamento de derecho único, en el cual se citó una denominación social que no se corresponde con la de la sociedad afectada por la solicitud de auditoría que es «Tribike Factory, S.L.». Al respecto cabe señalar que, siendo la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común supletoria de este procedimiento de nombramiento registral de auditor cuentas en todo lo no previsto en el Reglamento del Registro Mercantil, los errores advertidos en la resolución se corrige de oficio por la autoridad competente para resolver el recurso de alzada, en este caso es la Dirección General de los Registros y del Notariado. En efecto, como indicó la representación social recurrente, en la resolución recurrida se deslizó un error en el Fundamento de Derecho único y es el relativo a la denominación de la sociedad afectada por la solicitud que, tal y como se deduce de los Hechos y de toda la documentación que consta en el expediente, es la entidad mercantil «Tribike Factory, S.L.», por lo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la LRJAP-PAC, se procede a su corrección en esta resolución.

3.º En cuanto a la cuestión de fondo planteada se ha de rechazar la pretensión de la sociedad recurrente de suspender la resolución de la solicitud que inició el expediente, como consecuencia de la litispendencia alegada. En efecto, como ha mantenido reiteradamente este Centro Directivo solo procede la suspensión del procedimiento cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría, se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social que alegó y que, en caso de prosperar la demanda, dejarían dicho porcentaje reducido a una cifra inferior al 5% que la Ley exige para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor.

Fuera de este supuesto concreto, relativo a la legitimación del socio, como condición necesaria para ejercitar el derecho del que se viene hablando, no ha lugar a suspender el procedimiento por ninguna otra cuestión suscitada o que pueda suscitarse en vía judicial, por no depender la decisión que se adopte en el expediente de la resolución judicial que pueda recaer en el futuro

sobre la validez o nulidad de acuerdos sociales o sobre cualquier cuestión que pueda platearse.

En el caso presente, difícilmente puede cuestionarse en vía judicial la condición de socio del peticionario o su participación en el capital en una cifra inferior el 5% de éste, cuando los acuerdos adoptados en la Junta general de socios de 15 de julio de 2011 fueron impugnados por el propio solicitante de la auditoría, como puede deducirse de la copia del auto dictado por el titular del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona, admitiendo a trámite la demanda de impugnación de acuerdos sociales.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar, en los términos que se deducen del anterior fundamento jurídico, el recurso de alzada interpuesto por don ….., en representación de «Tribike Factory, S.L.», contra el acuerdo d el Registrador Mercantil número III de Barcelona el 8 de mayo 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, 13 de mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona III.

Resolución de 14 de mayo de 2013 (1.ª)

En el expediente 200/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Prometeus Inversiones, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 1 marzo de 2012 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 «Prometeus Inversiones, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2011.

II

Tras dos intentos de notificación a la sociedad por el Registro Mercantil que resultaron infructuosos, el 23 de abril de 2012 se intentó de nuevo practicar la notificación siendo en esta ocasión recepcionada por la sociedad que, por escrito con entrada en el Registro Mercantil el 17 de mayo de 2012, se opuso a la solicitud de auditoría de cuentas formulada por la socia minoritaria a través su administrador único de don ….., alegando, reunidamente: 1.º) Que la solicitante no tiene la legitimación que alegó en su instancia, dado que no acudió a la ampliación de capital acordada por la sociedad el 31 de diciembre de 2011, en virtud de la cual se emitieron 21.677 participaciones sociales, quedando su participación en el mismo reducida al 4%. 2.º) Que la causa de la petición alegada en la instancia no es cierta, puesto que presentaron para su depósito las cuentas correspondientes en el ejercicio 2010.

III

El Registrador Mercantil número IX de Madrid, con fecha 22 de mayo de 2012, acordó estimar la solicitud presentada por la minoría, al entender que, como tiene declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado, dados los efectos constitutivos de la inscripción de reducción y aumento de capital social, no puede negarse la legitimación a quienes según el Registro ostenten el 5% del mismo. De los archivos del registro, inscripción 2.ª de la hoja registral se deduce que el capital social está dividido en 12.458 participaciones sociales, por lo que la solicitante, como titular de 1.400 ostenta un porcentaje de 11,24% del capital social inscrito *(cfr.* artículo 18 del Código de Comercio y artículo 6 del Reglamento del registro mercantil). El hecho de que las cuentas anuales del ejercicio 2010 hayan sido depositadas es intrascendente para la resolución del presente expediente. También es irrelevante que la causa expresada en la solicitud sea o no cierta, puesto que la causa 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, manteniendo 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 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, las de 19 de octubre de 2007, 29 de marzo de 2010 y 28 de febrero de 2011.

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 31 de diciembre de 2011, es decir, 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 ésta 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 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.

En el caso presente, 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 31 de diciembre de 2011 no se presentó para su inscripción en el Registro Mercantil, siendo de advertir que conforme a los artículo 313 a 315 de la ley de Sociedades de Capital tanto la inscripción de aumento como la de reducción de capital social son obligatorias a todos los efectos, de forma que el Registrador debe apreciar la concurrencia en la solicitante del requisito de legitimación, conforme a los datos que consten inscritos y en este caso, el aumento de capital alegado por la sociedad oponente no fue ni inscrito ni presentado para su inscripción.

2.º Por lo que se refiere a la alegación relativa a la causa de la petición de auditoría, 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 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 art. 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 con el art. 350 del mismo cuerpo legal por estar conectado a otro supuesto diferente que es el regulado en el antiguo art. 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, hoy 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 don ……, administrador único de «Prometeus Inversiones, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número IX de Madrid el 22 de mayo 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, 14 de mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid IX.

Resolución de 14 de mayo de 2014 (2.ª)

En el expediente 205/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Maez, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 27 de marzo 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 «Maez 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 ….., cuya representación acredita por escritura de poder general, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante carece de legitimación para instar la auditoría de cuentas, al haberse ratificado en Junta general de 13 de junio de 2007 los acuerdos adoptados en la de 29 de diciembre de 2006, entre los que se encuentra, el acuerdo de ampliación de capital social y, por lo tanto, la solicitante representa el 4,85% de capital social. 2.º) Que, la sociedad ya cuenta con un auditor nombrado voluntariamente, por lo que la solicitud es innecesaria.

III

A la vista de dicho escrito, con fecha de 25 de abril de 2012, la Registradora Mercantil número I de Madrid requirió a la sociedad para que acreditara la fecha fehaciente de la

aceptación de los auditores designados, debiendo proceder, en su caso, a la inscripción del nombramiento, acreditar haber puesto el informe a disposición de la solicitante o bien aportarlo al expediente de nombramiento y así poder determinar si el nombramiento voluntario de auditor cumple los requisitos necesarios para enervar el derecho del socio a obtener el auditor solicitado. A dicho requerimiento, la sociedad contesto mediante escrito presentado en la Oficina de Correos el 24 de mayo de 2012, recibido en este Registro el día 28 siguiente, en el que reiteró la falta de legitimación alegada en su escrito de oposición y acompañó el acta de la Junta de fecha 17 de octubre de 2011 remitida por burofax a la solicitante; la documentación relativa al nombramiento de auditor de cuentas; burofax con la convocatoria para la celebración de la Junta General Ordinaria y Extraordinaria de la sociedad prevista para el día 12 de junio de 2012; y el informe de auditoría emitido el día 19 de mayo de 2012 por la sociedad auditora «Audifisa Auditores y Consultores, S. C.», correspondiente a las cuentas anuales del ejercicio 2011 de la sociedad.

IV

La Registradora Mercantil número I de Madrid, con fecha 12 de junio de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Respecto a la falta de legitimación alegada por la sociedad, mantuvo que en la Junta General celebrada el día 29 de diciembre de 2006, se acordó aumentar el capital social mediante la emisión y puesta en circulación de 2500 nuevas participaciones sociales, al cual no acudió la solicitante por lo que su porcentaje quedó reducido al 4,85% del capital social. El citado acuerdo fue declarado nulo por Sentencia firme, según resulta de la inscripción 11.ª practicada con fecha 21 de septiembre de 2011 en la hoja registral de la sociedad. No obstante, alega el administrador que los acuerdos adoptados en dicha Junta, fueron ratificados en la Junta General celebrada el día 13 de junio de 2007, si bien no se ha procedido a la presentación en el Registro del citado acuerdo al haber sido también impugnada por la solicitante la citada Junta y estar pendiente de resolución firme por los Tribunales. En cuanto a ello, debe indicarse que el aumento del capital social es un acuerdo inscribible y obligatorio en el Registro Mercantil, (el acuerdo de ampliación no supone, por si solo, una variación efectiva del capital) no constando al día de la fecha ni inscrito ni presentado y, según ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado «dados los efectos constitutivos de la inscripción en los acuerdos de reducción o aumento de capital social, no puede negarse la legitimación a quienes según el Registro ostenten más del 5% del capital social». Al no haberse inscrito en este Registro el acuerdo de aumento de capital, ni siquiera se acredita haberse formalizado en escritura pública, no puede producir los efectos jurídicos que la sociedad alega, no pudiéndose tener en cuenta para calcularla participación del socio solicitante en el capital social. La doctrina anterior no ha de ser modificada por la existencia de un procedimiento judicial en el que se cuestiona la validez del acuerdo adoptado en la Junta en la que se acordó la ampliación de capital: cualquiera que sea el resultado de dicha vía civil no incidirá en el porcentaje de capital que el socio ostentaba cuando se presentó la solicitud, dada la ejecución y formalización de los referidos acuerdos después de esa presentación. Respecto a la auditoría voluntaria, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor solo puede enervara el derecho del socio minoritario 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, que son: *a)* que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En el presente caso, se ha acreditado por la sociedad el nombra-

miento de auditor en la Junta General celebrada el día 17 de octubre de 2011, previo a la presentación de la solicitud, pero la aceptación del auditor designado si bien está fechada el día 30 de octubre de 2011 (fecha anterior al nombramiento), dicha firma no está legitimada hasta el día 18 de mayo de 2012, fecha posterior a la de la entrada de la solicitud en el Registro. Por tanto, en aplicación de los artículos 1227, 1261-1.º y 1262 del Código Civil, según los cuales la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros –y en este caso el solicitante lo es– sino desde el día que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio y que no existe contrato mientras no haya consentimiento y aceptación entre las partes, no puede entenderse que haya quedado acreditado que el nombramiento de auditor y posterior aceptación fueran previos a la solicitud.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración y añadiendo: 1.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable, siendo así que la Junta General nombró auditor de cuentas voluntariamente. 2.º) Que la resolución recurrida residencia la denegación en la fecha de la legitimación de la firma del representante de la firma auditora, ignorando que existen datos mucho más relevantes que este.

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, como indicó la Registradora Mercantil de Madrid, las sociedades que, en principio no están obligadas a la verificación contable, pasan a estarlo cuando lo solicita un socio que represente al menos el 5% de capital social de la compañía, fundando su derecho en el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital.

2.º La primera cuestión de fondo planteada en este expediente es la relativa a la legitimación de la solicitante, que la sociedad niega en base al acuerdo de ampliación de capital acordado por la Junta general de 13 de junio de 2007 que ratificó el adoptado por este mismo órgano el 29 de diciembre de 2006, posteriormente, anulado por sentencia firme, que consta recogida en la inscripción 11.ª de la hoja abierta a la sociedad, al prosperar la impugnación de dichos acuerdos por la solicitante de la auditoría.

Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que los acuerdos de reducción o ampliación de capital social solo pueden surtir

efectos frente a terceros cuando dichos acuerdos han sido elevados a escritura pública e inscritos en el Registro Mercantil, en atención a las especialidades formalidades exigidas por la Ley de Sociedades de Capital y por el Reglamento del Registro Mercantil a este tipo de acuerdos, en garantía de socios, acreedores y terceros relacionados con la sociedad.

Del mismo modo, también ha mantenido la doctrina, conforme a la cual existe un momento procedimental determinado y concreto para apreciar si la solicitante reúne o no las condiciones exigidas por el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de capital, este momento no es otro que el de presentación de la solicitud en el Registro Mercantil. Por tanto, en el caso presente, no pueden prosperar las alegaciones del recurrente –que en ningún momento del procedimiento ha llegado a probar ni siquiera la elevación a escritura pública del acuerdo de aumento de capital que, en su opinión, privaría de legitimación a la solicitante, –puesto que conforme al artículo 315 de la Ley de Sociedades de Capital, la inscripción de estos acuerdos es obligatoria en el derecho español.

3.º También procede confirmar la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Madrid sobre la imposibilidad de que la auditoría voluntaria de la sociedad enerve el derecho de la socia minoritaria. En efecto, 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 condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que para acreditar que hay auditoría de cuentas en curso es preciso probar que se ha contratado a un auditor de cuentas *(cfr.* artículo 1262 del Código Civil) y, además, es preciso acreditar que la contratación de la auditoría fue previa a su solicitud, siendo así que de la documentación que consta en el expediente resulta que la primera fecha fehaciente que consta en el documento privado de aceptación del encargo de auditoría por el representante de la firma auditora es la de la legitimación notarial de la firma, el 18 de mayo de 2012, fecha muy posterior a la de entrada de la solicitud en el Registro el 27 de marzo de 2012. Por tanto, se ha de reconocer a la socia minoritaria su derecho 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….., en nombre y representación de «Maez, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil número I de Madrid el 12 de junio 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, 14 de mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid I.

Resolución de 14 de mayo de 2013 (3.ª)

En el expediente 201/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Arco Wine Investment Group, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en su condición de Consejero Delegado de «Nmas 1 Capital Privado SGECR, S.A.» entidad gestora de «Dinamia Capital Privado S. C. R.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 16 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artícu-

los 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 24,55% del capital social de «Arco Wine Investment Group, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011. Alegó que la sociedad, aún estando obligada a la verificación contable no procedió al nombramiento de auditor por la Junta General antes de la finalización de dicho ejercicio económico.

II

La sociedad, a través del Secretario del Consejo de Administración, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad se acogió al procedimiento previsto en el artículo 19 de la Ley de Auditoría de Cuentas, confirmado por el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital que considera prorrogado tácitamente el contrato de auditoría concertado en ejercicios anteriores. De este modo, la renovación tácita culminaría con la declaración expresa dentro de los acuerdos a adoptar en la Junta General de aprobación de cuentas correspondientes al primer ejercicio siguiente al plazo para el que figuraba nombrado. En este caso, la Junta General está convocada para el 30 de marzo de 2012, tal como se acredita con los anuncios de la convocatoria. 2.º) Que en el momento de presentar su solicitud, la entidad mercantil solicitante ya disponía del informe de auditoría del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2011.

III

A la vista de dicho escrito, el Registrador Mercantil núm. IX de Madrid, con fecha 13 de junio de 2012 requirió a la sociedad, como diligencia para mejor proveer, para que se certificara por el órgano de administración de que se informó a la Junta General de accionistas de la prórroga tácita de los auditores que venían verificando las cuentas de la sociedad, así como del acuerdo de nombramiento de auditor para el ejercicio 2012 que figura en el orden del día de dicha convocatoria. A dicho requerimiento la sociedad contestó mediante escrito de 8 de mayo de 2012, alegando lo que tuvo por conveniente.

IV

Por resolución de 13 de junio de 2012 el Registrador Mercantil núm. IX de Madrid acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas sobre la base de que el artículo 19.1 de la Ley de Auditoría al que la sociedad pretende acogerse, establece que cuando a la finalización del periodo de contratación inicial o de prórroga del mismo, ni el auditor de cuentas o sociedad de auditoría, ni la sociedad auditada hayan manifestado su voluntad en contrario, el contrato quedará tácitamente prorrogado por un plazo de tres años. En el presente caso, la última prórroga del nombramiento de los auditores de cuentas de la sociedad se acordó en la Junta General celebrada el día 28 de julio de 2010 para el ejercicio cerrado a 30 de septiembre de 2010 y así figura inscrito en la hoja registral. A la finalización del periodo contratado ninguna de las partes manifestó su intención de rescindir el contrato y los auditores emitieron el informe correspondiente a las cuentas anuales del ejercicio cerrado a 30 de septiembre de 2011. No obstante, es la propia sociedad la que desvirtúa esa posibilidad de acogimiento a la prórroga tácita cuando en la convocatoria de la Junta General de accionistas para los días 30 y 31 de marzo de 2012, en primera y segunda convocatoria respectivamente, se incluye en el orden del día la prórroga del auditor de cuentas de la sociedad, «Ernst & Young, SL» para el ejercicio

cerrado a 30 de septiembre de 2011 y nombramiento de nuevo Auditor de Cuentas para el ejercicio 2012 en curso. La posibilidad de un nuevo nombramiento de auditor de cuentas por la sociedad, al año de la prórroga tácita y sin que conste en el orden del día la revocación de la sociedad auditora designada previamente al nuevo nombramiento, enerva el acogimiento a dicha prórroga que por Ley se establece en tres años. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación al nombramiento dé-auditor de cuentas a instancia de un socio minoritario recoge que «siendo la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital facilitar a los socios minoritarios una información veraz de la situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participa, mediante el correspondiente informe de auditoría realizado por un experto independiente, no frustra la finalidad del precepto el origen del nombramiento –Juez, Registrador Mercantil u órganos sociales–, pues la independencia y objetividad del auditor quedan garantizadas por las propias normas legales y reglamentarías que regulan la actividad de auditoría» pero no podemos olvidar que nos encontramos ante una sociedad obligada a verificar sus cuentas que por la Junta de socios no se acordó el nombramiento de auditor o renovación de los ya designados, dentro del ejercicio a auditar ni, como se ha expuesto anteriormente, pueda acogerse a la prórroga tácita, requisito Imprescindible para que el informe de auditoría emitido por los auditores cuyo nombramiento no ha sido renovado de forma expresa, pueda enervar el derecho del socio (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2010). La alegación del oponente de que la doctrina jurisprudencial rechaza el ejercicio del derecho de impugnación contrarío a la buena fe y que la pretensión del accionista no tiene otra finalidad que entorpecer innecesariamente el desarrollo normal de la vida social, es una cuestión que ya ha resuelto la Dirección General de los Registros y del Notariado en múltiples Resoluciones, declarando que la posible finalidad maliciosa del socio no le priva de ejercitar su derecho pues «resulta imposible examinar en este trámite, debido a lo limitado del conocimiento que legalmente tiene atribuido, las motivaciones que llevan al socio a solicitar el nombramiento de auditor. Estas motivaciones podrán o no ser legítimas, o responder o no a un ejercicio abusivo de derecho o antisocial del mismo (artículos 6 y 7 del Código Civil), pero las determinaciones internas de la voluntad no pueden ser analizadas en este procedimiento, y no sólo porque las intenciones contrarias a la buena fe o al abuso del derecho no puedan presumirse nunca, sino porque, además, siempre queda abierta a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los daños causados» (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1999,10 de julio de 2000,14 y 18 de abril de 2001, 2 de septiembre de 2002, 6 y 17 de mayo de 2003. 28 de mayo de 2004 y 7 y 22 de junio de 2005, 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 carece de justificación lógica alguna el argumento del Registrador Mercantil de que la posibilidad de un nuevo nombramiento de auditor de cuentas por la sociedad, al año de la prórroga tácita y sin que conste en el orden del día la revocación de la sociedad auditora prorrogada previa al nuevo nombramiento, enerve el acogimiento a dicha prórroga que por Ley se establece, inicialmente, en tres años. 2.º) Que el hecho de que en el orden del día de una Junta que, además, se desconvocó, no aparezca expresamente la revocación de la sociedad auditora designada previamente al nuevo nombramiento no implica que tal revocación no se haya producido. Todo nombramiento lleva implícita la revocación del anterior nombramiento. Este requisito de que exista una revocación expresa previa no se recoge en norma legal ni en reglamento alguno y, por tanto, no se puede establecer como un paso necesario, previo e imprescindible para que se produzca la prórroga referida. La prórroga es una consecuencia

que se deriva del propio Real Decreto Legislativo 1/2011, de su artículo 19, es una consecuencia ex lege, como más abajo se razonará. 3.º) Que el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, en su artículo 19.1, el que permite la posibilidad de prorrogar el nombramiento de los auditores nombrados en anteriores ejercicios. También el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital hace referencia a lo dispuesto en la Ley de Auditoría y el más reciente Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley determina en su Preámbulo que en el articulado de esta norma reglamentaria»... en lo que hace referencia al periodo de contratación, se precisa el modo en que se puede entender acreditada la prorroga tácita. 4.º) Que, de este modo, negar la prórroga con fundamento en que no se ha revocado al auditor prorrogado antes del nombramiento de un nuevo auditor, es incongruente, y no responde a lo legal ni a lo reglamentariamente previsto. 5.º) Que la consecuencia de que exista un auditor de cuentas tácitamente prorrogado no se ve condicionada en precepto alguno por el hecho de que, después del primer año de prórroga, se decida por justa causa la revocación del auditor prorrogado. Ni se contempla tampoco que esa revocación deba hacerse por acuerdo expreso separado del nombramiento de nuevo auditor pues para la rescisión del contrato y cese del auditor, el propio artículo 52, en su punto 3, requiere justa causa pero teniendo en cuenta que las divergencias de opiniones sobre tratamientos contables o procedimientos de auditoría no son justa causa. De esta forma, la revocación por la Junta General, por si sola, produce la resolución efectiva del contrato de auditoría aunque, obviamente, si el auditor no lo acepta, serán, en definitiva, los Tribunales de Justicia los que habrán de decidir si concurre o no justa causa en la revocación y las consecuencias que, en su caso, de ello deriven. La inscripción de la revocación es obligada con la sola manifestación de que existe justa causa, tal como establece el artículo 153.3 del Reglamento del Registro Mercantil, cuando dispone que a efectos de la inscripción del cese en el Registro Mercantil no es necesario manifestar cual sea esa justa causa. 6°) Que, en el caso que presente, concurre esa justa causa, la cual motivó la propuesta del Consejo de Administración para revocar la prórroga del nombramiento como auditor de «Ernst & Young» y el nombramiento de una nueva entidad para el ejercicio en curso. Y, lógicamente, está ínsito el acuerdo de revocación de la sociedad auditora prorrogada en la propuesta de designación de un nuevo Auditor de cuentas para el ejercicio 2012 en curso. No se puede entender un nombramiento sin una previa o simultánea revocación del anteriormente nombrado.

VI

Finalmente, el 20 de julio de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un escrito de don ….., en su condición de Consejero Delegado de «Nmas1 Capital Privado SGECR, S.A.» entidad gestora de «Dinamia Capital Privado S. C. R., S.A.», solicitante del nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, manifestando que conoció la interposición del recurso de alzada contra la resolución que acordó la procedencia del nombramiento y exponiendo las alegaciones que estimó convenientes en defensa de dicha resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 264 y 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, 19 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto

refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, artículo 52 del Real Decreto 1517/2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

El presente expediente plantea la cuestión de la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas solicitado por la entidad mercantil gestora de la compañía «Dinamia Capital Privado S. C. R., S.A.», accionista de una sociedad obligada a la verificación contable, con fundamento en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Para resolverla se ha de partir de la consideración de que dicho precepto legal solo permite al Registrador Mercantil proceder al nombramiento auditor de cuentas cuando concurren alguno de los supuestos de hecho tasados que son: cuando la sociedad obligada a la verificación contable por superar durante dos ejercicios consecutivos dos de los límites establecidos en el artículo 278 de la Ley de Sociedades de Capital, la Junta General de socios no haya procedido al nombramiento de auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo; cuando la persona nombrada no acepten el cargo; o cuando el auditor de cuentas ha sido nombrado y acepte el cargo pero no pueda cumplir sus funciones. Fuera de estos tres supuestos debe declararse improcedente el nombramiento de auditor solicitado, siempre teniendo en cuentas que la sociedad está obligada la verificación contable y la solicitud se formula en base al artículo 265.1 de la ley de Sociedades de Capital.

En el caso presente, si bien es cierto que la convocatoria de la Junta General a celebrar los días 30 y 31 de marzo de 2012 en primera y segunda convocatoria, respectivamente, pudiera llevar a pensar en la necesidad de acudir al nombramiento por el Registrador Mercantil, previsto en el artículo 265.1 de la LSC pues entre los puntos del orden del día figura el nombramiento de auditor y la Junta General se convocó una vez finalizado el ejercicio a auditar y para aprobar las cuentas anuales de dicho ejercicio, debe tenerse en cuenta que la constancia en la hoja registral de la sociedad de la última prórroga del nombramiento de los auditores de cuentas, acordada en la Junta General de 28 de julio de 2010 para el ejercicio cerrado a 30 de septiembre de 2010 sin contradicción alguna, debió haber despejado las dudas al respecto, dada la vigencia, en el momento de presentación de la solicitud que inició este expediente, del artículo 19 de la Ley de Auditoría de Cuentas, en relación con el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital y con el artículo 52 del Reglamento de Auditoría de Cuentas que establecen, taxativamente, el plazo de duración de la prórroga.

Más aún si se tiene en cuenta que no constaba en el Registro la presentación de ningún certificado de acuerdos sociales adoptados por la Junta General, ni ningún otro documento que contenga la efectiva decisión de la Junta –y no solo la mera convocatoria– sobre la revocación, fundada en justa causa, del nombramiento del auditor prorrogado el 28 de julio de 2010, tal y como exige el artículo 153 del Reglamento del Registro Mercantil, que prevé la constancia en el Registro, vía asiento de inscripción, de la revocación del nombramiento de

auditor antes de que finalice el período para el cual fue nombrado, siendo suficiente que el acuerdo de revocación, que en este caso habrá de ser expreso, indique que ha mediado justa causa, aunque no se determine cuál ha sido concretamente la que ha motivado tal decisión del órgano supremo de la sociedad.

Por tanto, procede denegar la petición de la entidad mercantil solicitante del nombramiento por el Registrador, al no concurrir ninguno de los presupuestos de hechos previstos en el precitado artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital para su aplicación.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar, en los términos que resultan de esta resolución, el recurso de alzada interpuesto por don ….., Secretario del Consejo de Administración de «Arco Wine Investment Group, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. IX de Madrid el 13 de junio 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, 14 de mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XI Madrid.

Resolución de 16 de mayo de 2013 (1.ª)

En el expediente 202/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Familia Alba, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad «Rochefort, S.A.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 5 de marzo 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 «Familia Alba, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011. Adjuntaba su escrito de solicitud, fotocopia de copia simple de

la Acta de Presencia para la asistencia y levantamiento de Acta de Junta General de socios de la sociedad «Familia Alba, S.L.», autorizada en fecha 16 de diciembre de 2011, por el notario de Vilanova i la Geltrú don Emilio González Bou, número 1.603 de protocolo, de la que resulta que la mercantil «Rochefort, S.A.» ostentaba el 10,81% del capital social de la sociedad «Familia Alba, S.L.».

II

A la vista de dicha instancia y de sus documentos adjuntos, el Registrador Mercantil número XV de Barcelona requirió al solicitante para que aportara certificación de la válida constitución, vigencia e inscripción de la sociedad «Rochefort, S.A.» y certificación acreditativa de la vigencia, facultades e inscripción de quien suscribió la solicitud de auditoría. Así lo hizo la representación de la entidad mercantil solicitante mediante escrito de 20 de marzo de 2012, al que adjuntó un certificado en extracto del Registro Mercantil de Luxemburgo, relativo a la inscripción e identificación de «Rochefort, S.A.» de 14 de marzo de 2012; y certificado de la situación legal de dicha entidad y del órgano de administración de la misma emitido el mismo día 134 de marzo de 2012.

III

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta no se opuso al nombramiento solicitado por la minoría social.

IV

El Registrador Mercantil número XV de Barcelona, con fecha 17 de mayo 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, de la hoja registral de la sociedad, resulta la inscripción de un auditor nombrado voluntariamente nombrado por la sociedad. No de obstante, en el nombramiento voluntario de auditor no concurren las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado que son: *a)* que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En el caso presente, el nombramiento voluntario alegado por la sociedad no puede considerarse previo, en el sentido del artículo 1227 del Código Civil, dado que, la aceptación del representante de la firma auditora «Auditores Asociados, S.L.», consta en un documento privado, siendo su firma legitimada el 9 de marzo de 2012 y, por tanto, con posterioridad a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia por la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas.

V

Contra dicha resolución Doña ….., administradora solidaria de la sociedad, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que el nombramiento de auditor de cuenta tuvo lugar el 6 de octubre de 2011, siendo

su firma legitimada el 17 de octubre del mismo año. Por su parte, el representante de la firma auditora aceptó el encargo de auditar las cuentas correspondientes al ejercicio 2011 el 29 de febrero de 2012. Desconociendo la sociedad que la carta de aceptación debía presentarse en el Registro Mercantil protocolizada, la presentó junto con el resto de los documentos para lograr la inscripción del nombramiento voluntario de auditor de cuentas y, tras ser suspendida por defectos subsanables, fue nuevamente presentada causando la pretendida inscripción. 2.º) Que resulta evidente que el nombramiento voluntario de auditor fue efectuado con anterioridad a la presentación de la instancia por la compañía solicitante de la auditoría de cuentas, presentada el 5 de marzo y subsanada el 20 del mismo mes y año. Por ello, debe ser revocada la resolución del Registrador Mercantil. 3.º) Que, a mayor abundamiento debe indicarse que el Registrador Mercantil número XIV desestimó la solicitud de auditoría formulada para la sociedad «Tort Alba, S.L.» por los socios minoritarios. Es decir, ante el mismo supuesto se han producido resoluciones contradictorias.

VI

Finalmente, el 14 de mayo de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Barcelona al que adjuntó un escrito complementario presentado por doña ….., administradora única de la sociedad, al que adjuntaba acta de presencia redactada por el notario D. Emilio González Bou, de los asuntos discutidos en la Junta General de 29 de diciembre 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 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 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, en contra de lo que entiende la sociedad recurrente, la auditoría voluntaria no ha enervado el derecho de la socia minoritaria, dado que solo puede entenderse que existe tal contrato de auditoría cundo el auditor o sociedad auditora ha aceptado el encargo de la sociedad y cuando prueba que la fecha de aceptación es anterior a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil solicitando el nombramiento registral, fundado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. De esta forma, habiendo acreditado la sociedad que el encargo de auditoría fue aceptado mediante carta de 29 de febrero de 2012 y, finalmente, presentado en el registro con la firma del representante de la sociedad auditora legitimada notarialmente el 9 de marzo de 2012, se ha de concluir que dicha auditoría no fue previa, toda vez que la entidad mercantil solicitante presentó su instancia en el Registro Mercantil el 5 de marzo de 2012.

En cambio, la sociedad «Tort Alba, S.L.» sí pudo enervar el nombramiento de auditor instado por la minoría social, puesto que aún constando que la misma sociedad auditora aceptó el encargo de auditoría el 29 de febrero de 2012 y que la legitimación de la firma de su representante tuvo lugar el 9 de marzo de 2012, es decir, en las mismas fechas que figuran en la hoja registral de esta sociedad, el socio minoritario, don ….., presentó su instancia en el Registro Mercantil el 13 de marzo de 2012, esto es, con posterioridad a la fecha fehaciente de la aceptación del auditor de cuentas, lo cual no ha ocurrido en el presente expediente, en el que la fecha de presentación es la de 5 de marzo de 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por Doña ….., administradora solidaria de «Familia Alba, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XV de Barcelona el 17 de mayo 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, significándo-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil XV de Barcelona.

Resolución de 16 de mayo de 2013 (2.ª)

En el expediente 178/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Aceites Alrufer 2005, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil Córdoba el 27 de marzo de 2012 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 7'08% del capital social de «Aceites Alrufer 2005, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011. Adjuntaba a su escrio el acuerdo complementario al de liquidación de la sociedad de gananciales y de partición de la herencia, de 3 de junio de 2010, testimoniado por el notario de Córdoba don Carlos Alburquerque Llorens el 15 de mayo de 2012.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña ….., se opuso a dicha pretensión negando legitimación del solicitante, en base a los siguientes fundamentos: 1.º) Que según se desprende del contenido de la hoja registral de la sociedad, el capital social de la compañía está dividido en 400 participaciones sociales de 7,55 euros de valor nominal. Como consecuencia del fallecimiento de don ….. y tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, se formó una masa hereditaria de 200 participaciones sociales. 2.º) Que como quiera que dicho señor murió habiendo otorgado testamento en el que legó a su cónyuge el usufructo universal de toda su herencia e instituyó herederos por partes iguales a sus ocho hijos, todos ellos acordaron el 3 de junio de 2010 que cada uno de ellos se adjudicara una parte indivisa de la nuda propiedad de dichas participaciones sociales, con lo cual, lo que fue una comunidad hereditaria, pasó a ser una copropiedad sobre las participaciones

sociales de la compañía. 3.º) Que tal y como se desprende del contenido del acuerdo de 3 de junio de 2010 el solicitante de la auditoría de cuentas aceptó que durante la vigencia del usufructo correspondiera a la usufructuaria el ejercicio de todos los derechos políticos y económicos correspondientes a las participaciones sociales. Adicionalmente y en coherencia con lo pactado en dicho acuerdo privado, habiéndose establecido un proindiviso sobre la nuda propiedad de las participaciones sociales que forman parte de la masa hereditaria y con el fin de dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, los miembros de esa comunidad designaron a su madre, es decir, a la usufructuaria, como representante de todos los derechos políticos y económicos que atribuyen las participaciones sociales, cuya nuda propiedad se encuentra en proindiviso.

III

El Registrador Mercantil de Córdoba, con fecha 22 de mayo de 2012, acordó desestimar la solicitud formulada. Mantuvo que la cuestión que se plantea en este expediente es la de si tratándose de la existencia de una comunidad hereditaria en nuda propiedad y proindiviso del solicitante con sus hermanos sobre 200 participaciones sociales, provenientes de herencia paterna, como reconoce el propio solicitante en su escrito, ha de entenderse que basta la solicitud de uno solo de los comuneros para que se efectúe el nombramiento, o si por el contrario, la aplicación del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital exige que dicha solicitud de nombramiento de Auditor, como derecho del socio minoritario, haya de hacerse por una sola persona designada por los copropietarios para el ejercicio de los derechos del socio. La Dirección General ha considerado que la Ley exige al solicitante del nombramiento para que pueda prosperar su derecho que acredite la representación, al menos, del 5% del capital social de la compañía cuya auditoría se pretende –Resolución de 20 de abril de 1994– puesto que, como razona la de 15 de septiembre de 2006, desde el momento en que se produce la partición de herencia los coherederos dejan de serlo y pasan a ser copropietarios de las participaciones y en consecuencia el ejercicio de los derechos de socio correspondientes a tales participaciones pasó a regirse por lo dispuesto en la Ley y en los artículos 392 y 398 del Código civil y, por tanto, el solicitante que ejerció el derecho de auditoría en su propio nombre y derecho carecía de legitimación para ello al no haber sido designado al efecto por los otros copropietarios.–Y por último la Resolución de 26 de enero de 2009, se planteó si en caso de cotitulares de participaciones proindiviso es requisito para ejercitar el derecho de auditoría que designen un representante común ex artículo 35 de la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Y concluyó considerando que basta con que los solicitantes acrediten su cotitularidad de mas del 5% del capital y que es indiferente a los efectos de este procedimiento que actúen bajo una única representación cuando todos los comuneros y en un único acto soliciten del Registro Mercantil la auditoría de las cuentas de un determinado ejercicio. Pues bien, teniendo en cuenta, en el caso que nos ocupa, que el solicitante actúa en nombre propio y exclusivo sin que haya aportado ningún principio de prueba de hacerlo en nombre de sus cotitulares, sino, que antes bien, como resulta de un escrito complementario a la escritura de liquidación de gananciales y partición de herencia del que acompaña copia y al que se refieren también las alegaciones formuladas por la sociedad, los herederos y el cónyuge, cotitulares de las participaciones núms. 1 a la 200 acuerdan que durante la vigencia del usufructo vitalicio que se le atribuye a doña María Reyes Camacho Fernández de Cañedo, corresponderá a la usufructuaria el ejercicio de todos los derechos políticos y económicos relativos a las participaciones sociales sobre las que recae el usufructo, circunstancias esta que resulta, asimismo, del Libro registro de socios, copia legitimada del cual se acompaña.

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 el derecho a la auditoría de cuentas es independiente y autónomo al derecho de voto y, por tanto, como nudo propietario, estaría facultado para instar el nombramiento de auditor de cuentas. 2.º) Que considera que el derecho a instar auditor de cuentas no se encuentra incluido dentro de los derechos sociales y políticos que han sido cedidos a la usufructuaria y, en este sentido, la interpretación debe hacerse en sentido restrictivo. 3.º) Que, en consecuencia, debería aplicarse los artículos 392 y siguientes del Código Civil, interpretados y aplicados por el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 106, 126, 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.

Acreditada en el procedimiento, sin contradicción alguna, la condición de socio del solicitante de la auditoría, procede determinar en esta resolución si puede o no ejercitar, por sí mismo, el derecho a la verificación contable que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital reconoce a todos aquellos que reúnan al menos el 5% del capital social y ejerciten su derecho dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio económico cuya auditoría se pretende.

De la documentación que consta en el expediente se desprende que la comunidad de herederos de don ….., constituida por el cónyuge viudo y sus ocho hijos, procedió a la disolución y posterior liquidación de la sociedad de gananciales, así como a la partición y adjudicación de la herencia, tal como consta en la escritura de aprobación y protocolización de operaciones particionales, autorizada por el notario de Córdoba, don Carlos Alburquerque Llorens, el 26 de julio de 2010, de la que resulta que extinguida la comunidad hereditaria en virtud de dichos actos, se ha formado una copropiedad sobre las participaciones sociales por el solicitante de la auditoría de cuentas, junto con sus hermanos, sobre las que además recae el usufructo vidual, instituido por el causante de la herencia.

Por tanto, no puede prospera la pretensión del recurrente, dado que una vez realizadas las operaciones de partición y adjudicación de la herencia, deja de existir una comunidad hereditaria, dado que, en virtud de los anteriores actos pasa a ser una coopropiedad de participaciones sociales en las que hay una clara diferenciación de cuotas partes y en la que los acuerdos adoptados por mayorías vinculan a todos los copropietarios. En el caso presente, los coopro-

pietarios han procedido a designar a una persona concreta para el ejercicio de los derechos de los socios, incluido el de la verificación contable, siendo así que en el presente expediente la solicitud solo se ha formulado por uno solo de ellos y no por todos los que ostentan la nuda propiedad sobre las mismas, por lo que deben prevalecer las normas contenidas en la Ley de Sociedades de Capital, invocadas por el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas para «Aceites Alrufer 2005, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Córdoba de 22 de mayo 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 mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Córdoba.

Resolución de 16 de mayo de 2013 (3.ª)

En el expediente 179/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socio de «Ruízcam Actividades Inmobiliarias, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil Córdoba el 27 de marzo de 2012 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 7,08% del capital social de «Ruízcam Actividades Inmobiliarias, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011. Adjuntaba a su escrito el acuerdo complementario al de liquidación de la sociedad de gananciales y de partición de la herencia, de 3 de junio de 2010, testimoniado por el notario de Córdoba don Carlos Alburquerque Llorens el 15 de mayo de 2012.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña ….., se opuso a dicha pretensión negando legitimación del solicitante, en base a los siguientes fundamentos: 1.º) Que según se desprende del contenido de la hoja registral de la sociedad, el capital social de la compañía está dividido en 2401 participaciones sociales, de 2.650 euros. Como consecuencia del fallecimiento de don ….. y tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, se formó una masa hereditaria de 1346 participaciones sociales. 2.º) Que como quiera que dicho señor murió habiendo otorgado testamento en el que legó a su cónyuge el usufructo universal de toda su herencia e instituyó herederos por partes iguales a sus ocho hijos, todos ellos acordaron el 3 de junio de 2010 que cada uno de ellos se adjudicara una parte de la nuda propiedad de dichas participaciones sociales, con lo cual, lo que fue una comunidad hereditaria, pasó a ser una copropiedad sobre las participaciones sociales de la compañía. 3.º) Que tal y como se desprende del contenido del acuerdo de 3 de junio de 2010 el solicitante de la auditoría de cuentas aceptó que durante la vigencia del usufructo correspondiera a la usufructuaria el ejercicio de todos los derechos políticos y económicos correspondientes a las participaciones sociales. Adicionalmente y en coherencia con lo pactado en dicho acuerdo privado, habiéndose establecido un proindiviso sobre la nuda propiedad de las participaciones sociales que forman parte de la masa hereditaria y con el fin de dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, los miembros de esa comunidad designaron a su madre, es decir, a la usufructuaria, como representante de todos los derechos políticos y económicos que atribuyen las participaciones sociales, cuya nuda propiedad se encuentra en proindiviso.

III

El Registrador Mercantil de Córdoba, con fecha 22 de mayo de 2012, acordó desestimar la solicitud formulada. Mantuvo que la cuestión que se plantea en este expediente es la de si tratándose de la existencia de una comunidad hereditaria en nuda propiedad y proindiviso del solicitante con sus hermanos sobre 1346 participaciones sociales, provenientes de herencia paterna, como reconoce el propio solicitante en su escrito, ha de entenderse que basta la solicitud de uno solo de los comuneros para que se efectúe el nombramiento, o si por el contrario, la aplicación del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital exige que dicha solicitud de nombramiento de Auditor, como derecho del socio minoritario, haya de hacerse por una sola persona designada por los copropietarios para el ejercicio de los derechos del socio. La Dirección General ha considerado que la Ley exige al solicitante del nombramiento para que pueda prosperar su derecho que acredite la representación, al menos, del 5% del capital social de la compañía cuya auditoría se pretende –Resolución de 20 de abril de 1994– puesto que, como razona la de 15 de septiembre de 2006, desde el momento en que se produce la partición de herencia los coherederos dejan de serlo y pasan a ser copropietarios de las participaciones y en consecuencia el ejercicio de los derechos de socio correspondientes a tales participaciones pasó a regirse por lo dispuesto en la Ley y en los artículos 392 y 398 del Código civil y, por tanto, el solicitante que ejerció el derecho de auditoría en su propio nombre y derecho carecía de legitimación para ello al no haber sido designado al efecto por los otros copropietarios. Y por último la Resolución de 26 de enero de 2009, se planteó si en caso de cotitulares de participaciones proindiviso es requisito para ejercitar el derecho de auditoría que designen un representante común ex artículo 35 de la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Y concluyó considerando que basta con que los solicitantes acrediten su cotitularidad de mas del 5% del capital y que es indiferente a los efectos de este procedimiento que actúen

bajo una única representación cuando todos los comuneros y en un único acto soliciten del Registro Mercantil la auditoría de las cuentas de un determinado ejercicio. Pues bien, teniendo en cuenta, en el caso que nos ocupa, que el solicitante actúa en nombre propio y exclusivo sin que haya aportado ningún principio de prueba de hacerlo en nombre de sus cotitulares, sino, que antes bien, como resulta de un escrito complementario a la escritura de liquidación de gananciales y partición de herencia del que acompaña copia y al que se refieren también las alegaciones formuladas por la sociedad, los herederos y el cónyuge, cotitulares de las participaciones núms. 1355 a la 2401 y de la 94 a la 392 acuerdan que durante la vigencia del usufructo vitalicio que se le atribuye a doña María Reyes Camacho Fernández de Cañedo, corresponderá a la usufructuaria el ejercicio de todos los derechos políticos y económicos relativos a las participaciones sociales sobre las que recae el usufructo, circunstancias esta que resulta, asimismo, del Libro registro de socios, copia legitimada del cual se acompaña.

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 el derecho a la auditoría de cuentas es independiente y autónomo al derecho de voto y, por tanto, como nudo propietario, estaría facultado para instar el nombramiento de auditor de cuentas. 2.º) Que considera que el derecho a instar auditor de cuentas no se encuentra incluido dentro de los derechos sociales y políticos que han sido cedidos a la usufructuaria y, en este sentido, la interpretación debe hacerse en sentido restrictivo. 3.º) Que, en consecuencia, debería aplicarse los artículos 392 y siguientes del Código Civil, interpretados y aplicados por el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 106, 126, 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.

Acreditada en el procedimiento, sin contradicción alguna, la condición de socio del solicitante de la auditoría, procede determinar en esta resolución si puede o no ejercitar, por sí mismo, el derecho a la verificación contable que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital reconoce a todos aquellos que reúnan al menos el 5% del capital social y ejerciten su derecho dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio económico cuya auditoría se pretende.

De la documentación que consta en el expediente se desprende que la comunidad de herederos de don ….., constituida por el cónyuge viudo y sus ocho hijos, procedió a la disolución y posterior liquidación de la sociedad de gananciales, así como a la partición y adjudicación de la herencia, tal como

consta en la escritura de aprobación y protocolización de operaciones particionales, autorizada por el notario de Córdoba, don Carlos Alburquerque Llorens, el 26 de julio de 2010, de la que resulta que extinguida la comunidad hereditaria en virtud de dichos actos, se ha formado una copropiedad sobre 1346 participaciones sociales por el solicitante de la auditoría de cuentas, junto con sus hermanos, sobre las que además recae el usufructo vidual, instituido por el causante de la herencia.

Por tanto, no puede prospera la pretensión del recurrente, dado que una vez realizadas las operaciones de partición y adjudicación de la herencia, deja de existir una comunidad hereditaria, dado que, en virtud de los anteriores actos pasa a ser una coopropiedad de participaciones sociales en las que hay una clara diferenciación de cuotas partes y en la que los acuerdos adoptados por mayorías vinculan a todos los copropietarios. En el caso presente, los coopropietarios han procedido a designar a una persona concreta para el ejercicio de los derechos de los socios, incluido el de la verificación contable, siendo así que en el presente expediente la solicitud solo se ha formulado por uno solo de ellos y no por todos los que ostentan la nuda propiedad sobre las mismas, por lo que debe prevalecer las normas contenidas en la Ley de Sociedades de Capital, invocadas por el Registrador Mercantil en el acuerdo recurrido.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas para «Ruízcam Actividades Inmobiliarias, S.L.» contra la Resolución del Registrador Mercantil de Córdoba de 22 de mayo 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 mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Córdoba.

Resolución de 20 de mayo de 2013 (1.ª)

En el expediente 207/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «C M Centre Medic Manresa i Comarca, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 30 de marzo 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 «C M Centre Medic Manresa i Comarca, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

A la vista de dicha instancia, el Registrador Mercantil núm. III de Barcelona requirió al solicitante para que aportara en el plazo de diez días un documento acreditativo de la titularidad que ostenta sobre el 5% del capital social d la compañía. Así lo hizo el solicitante mediante escrito de 2 de mayo de 2012, al que adjuntó copia simple de escritura de compraventa de participaciones sociales, otorgada el 30 de marzo de 1998 ante el notario de San Vicen de Castellet, don Pedro Ángel Casado Martín, bajo e numero 641 de su protocolo, de la que se desprende que adquirió en pleno dominio 50 participaciones sociales de la entidad mercantil de referencia.

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta no formuló oposición al nombramiento solicitado por la minoría.

III

El Registrador Mercantil núm. III de Barcelona, con fecha de 11 de junio de 2012, acordó estimar la solicitud. En cuanto a la titularidad mínima necesaria, de la documentación aportada en el expediente se desprende que el solicitante era titular de un número de participaciones sociales representativas de más del 5% del capital social de la sociedad, constituyendo la referida documentación aportada por fotocopia un principio de prueba por escrito, según ha establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de fechas 6 de septiembre de 2004,11 de junio de 2007 y 17 de octubre de 2009, entre otras, manifestando el solicitante que a la fecha de la solicitud continúan siendo de su propiedad, y sin que dicha titularidad haya sido negada o desvirtuada por la sociedad en el trámite concedido al efecto. En relación con el plazo de presentación, la solicitud se ha presentado dentro de los tres meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio social, que según establece el artículo 50 de los Estatutos Sociales de la citada compañía, será el día 31 de diciembre de cada año

IV

Contra dicha resolución doña ….., como administradora única de la sociedad, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada antes esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que la empresa procedió al nombramiento de un auditor de cuentas, concretamente, nombró a don …... 2.º) Que no se ha celebrado Junta general para el nombramiento del citado auditor de cuentas, al no haberse depositado en el registro Mercantil las cuentas anuales del ejercicio 2010, por existir un defecto de forma en la elevación a escritura que

elevó a públicos los acuerdos adoptados en la Junta de 29 de marzo de 2011. Por tanto, al haberse producido el cierre registral no se ha podido inscribir ningún acto posterior.

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.

No puede prosperar en esta resolución la alegación de la sociedad recurrente que pretende enervar el derecho del socio minoritario reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital al nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil.

Como ha mantenido reiteradamente este Centro Directivo para que la sociedad pueda enervar este derecho de la minoría sobre la base de existir una auditoría en curso para verificar las cuentas correspondientes el mismo ejercicio económico para el que el peticionario instó el nombramiento registral de auditor, no basta la mera alegación en tal sentido, sino que es preciso probar, además de que dicho nombramiento existe, que concurren en él las dos condiciones exigidas por esta Dirección General, que son: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor, *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

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 sociedad sin aportar prueba alguna de sus alegaciones, pretende que se considere su situación registral para enervar el derecho del solicitante, sin tener en cuenta que la falta de depósito de cuentas de un determinado ejercicio no interfiere en modo alguno en el nombramiento voluntario de auditor de cuentas, ni tampoco en los medios válidos en derecho para acreditar que dicha contratación fue anterior a la solicitud de la minoría y que se garantizó su derecho bien adjuntado al expediente copia del informe o bien acreditando haberlo enviado al propio solicitante.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., en nombre y representación de «C M Centre Medic Manresa i Comarca, 5. L», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. III de Barcelona el 11 de junio 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 20 de mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número III de Barcelona.

Resolución de 20 de mayo de 2013 (2.ª)

En el expediente 208/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Asintra Logística, S.L.».

HECHOS

I

D….. y doña ……, presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Burgos, el 30 de marzo 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 «Asintra Logística, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011. Adjunta a su escrito fotocopia de la escritura de ampliación de capital social de la que resulta su legitimación para solicitar el nombramiento

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….. se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitud supone un abuso de derecho por ser ejercitado con el propósito de hacer incurrir a la sociedad en gastos innecesarios. 2.º) Que los solicitantes han tenido a su disposición todos los documentos contables y financieros de la sociedad. Los solicitantes han presentado una pretendida oferta del Grupo Nueva Rumasa que, finalmente, ha resultado ser falsa.

III

A la vista de dicho escrito, el Registrador Mercantil de Burgos concedió a los solicitantes el plazo de diez días para alegaran lo que creyeran conveniente en defensa de sus intereses. Lo que así hicieron mediante escrito de 3 de mayo de 2012.

IV

Por resolución de 9 de mayo de 2012 el Registrador Mercantil de Burgos acordó estimar la petición de los socios minoritarios. Mantuvo que de los datos que constan en el registro resulta acreditada su propiedad sobre el 5% de capital social exigida por la ley para solicitar la auditoría de cuentas y, asimismo, la instancia fue presentada dentro del plazo de tres meses. En cuanto a las alegaciones de la sociedad sobre el posible abuso de derecho, 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.* artículos 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 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 frente al fundamento de la resolución recurrida 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 los solicitantes, por el hecho de considerar necesaria la auditoría, en contra de lo que la sociedad entiende, se ha de oponer 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 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.* artículos 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

2.º Tampoco puede enervar la petición de los socios minoritarios, las consideraciones que la sociedad realiza en torno al acceso que tuvieron los solictantes a la documentación contable y financiera de la sociedad, puesto que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.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 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 «Sintra Logística, S.L.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Burgos el 9 de mayo 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, 20 de mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Burgos.

Resolución de 20 de mayo de 2013 (3.ª)

En el expediente 210/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gestión Integral de Pinturas y Decoraciones Pinturex, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., en nombre y representación de la entidad mercantil Joint Blamaber, S.L. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 29 de marzo 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 «Gestión Integral de Pinturas y Decoraciones Pinturex, 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 copia simple de escritura de constitución de la sociedad, otorgada el 27 de octubre de 2008 por el notario de igualada, don Carlos Jiménez Fueyo, bajo el número 2619 de su protocolo.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta no formuló oposición al nombramiento solicitado por la minoría.

III

El Registrador Mercantil número XII de Barcelona, con fecha de 8 de junio de 2012, acordó estimar la solicitud. En cuanto a la titularidad mínima necesaria, de la hoja abierta a la sociedad se desprende que la entidad mercantil solicitante esa titular de un número de participaciones sociales representativas de más del 5% del capital social de la sociedad. En relación con el plazo de presentación, la solicitud se ha presentado dentro de los tres meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio social, que según establece el artículo 5.º de los Estatutos Sociales de la citada compañía, será el día 31 de diciembre de cada año.

IV

Contra dicha resolución don ….., administrador mancomunado de la sociedad «Gestión Integral de Pinturas y Decoraciones Pinturex, S.L.», interpuso recurso de alzada antes esta Dirección General, alegando, en síntesis, que la única razón para oponerse a que se realice una auditoría de cuentas es la del coste que supondría para 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.

El presente recurso plantea una cuestión de caráter formal que hace ocioso el examen de las restantes. Dicha cuestión es la relativa a la interposición del recurso de alzada.

Tal como consta en el expediente, la resolución del Registrador Mercantil número XII de Barcelona de 8 de junio de 2012 fue notificada a la sociedad y recepcionada por ésta el 21 de junio de 2012 y el escrito de interposición del presente recurso fue presentado el 18 de julio de 2012, es decir, transcurrido con creces el plazo preclusivo de quince días dispuesto en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil para recurrir ante este Centro Directivo, por lo que se ha de concluir que el recurso es extemporáneo.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto inadmitir el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador mancomunado de la sociedad «Gestión Integral de Pinturas y Decoraciones Pinturex, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XII de Barcelona el 8 de junio 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, 20 de mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona XII.

Resolución de 20 de mayo de 2014 (4.ª)

En el expediente 209/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Movitrans León, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 30 de marzo 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 «Movitrans León, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2011.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta no se opuso al nombramiento solicitado por la minoría, en el plazo previsto en el artículo 354.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil número III de Madrid, el 9 de julio de 2012, acordó estimar la solicitud de la socia minoritaria, al reunir los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, designando como auditor de cuentas a la empresa «Visan Auditores de Cuentas, SLP», que aceptó la designación a través de su administradora solidaria.

IV

Contra dicha resolución doña ……, administradora única de «Movitrans León, S.A.» interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que la solicitud de auditoría ha sido enviada a una vivienda que no es el domicilio de la sociedad, lo que denota el ánimo de la solicitante de crear indefensión y de perjudicar a la sociedad, pues conoce perfectamente que, aunque de derecho sea el domicilio social, no lo es de hecho. 2.º) Que la notificación a través del BORME también contiene irregularidades puesto que este medio solo se utiliza para notificar en caso de que las personas sean desconocidas. 3.º) Que, en consecuencia, el nombramiento de auditor es también irregular.

V

El 16 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un nuevo escrito de la administradora única de la sociedad «Movitrans León, S.A.», solicitando se dejara sin efecto el 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 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 La primera cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si la notificación a la sociedad realizada por el Registro Mercantil de Madrid 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.

Por tanto, en el caso presente, el Registrador Mercantil procedió correctamente notificando a la sociedad a través el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 20 de junio de 2012 la solicitud de auditoría, dado que la sociedad no cumplió su obligación de inscribir en el Registro Mercantil el cambio de domicilio y, por tanto, dejo transcurrir el plazo para oponerse a la petición formulada por la socia minoritaria *(cfr.* artículo 18, y 19 del Reglamento del Registro Mercantil).

2.º Las supuestas irregularidades procedimentales alegadas que, en opinión de la sociedad, le han originado indefensión, no se consideran vicios de procedimiento, dado que aún en el supuesto de que la notificación hubiera sido defectuosa –que no lo ha sido– la representación recurrente ha podido alegar en este trámite de alzada ante la Dirección General todas las razones de fondo que, a su juicio, pudieran convertir en improcedente el nombramiento registral de auditor de cuentas, tal como lo ha hecho con las razones formales o de procedimiento, sin que en ninguno de los dos escritos presentados en este trámite de alzada, se observe ni una sola razón o argumento que lleve a la conclusión de que la resolución del Registrador Mercantil no ha sido ajustada a la letra y al espiritu del 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 doña ….., administradora única de «Movitrans León, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número III de Madrid, el 9 de mayo 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, 20 de mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número III León.

Resolución de 21 de mayo de 2013 (1.ª)

En el expediente 211/12 sobre nombramiento de auditor a instancia de una accionista de «Sankar Real Estate Partner, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Málaga el 26 de marzo de 2012 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 13% del capital social de «Sankar Real Estate Partner, S.L.», el nombramiento de un auditor con el fin de conocer si las cuentas anuales del ejercicio 2011 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 en el ejercicio 2010, la Junta general aprobó realizar una auditoría de cuentas. En la Junta correspondiente al ejercicio 2011 fue denegada la petición del administrador de prorrogar la auditoría acordada de las cuentas del ejercicio 2010, propuesta basada en la falta de liquidez para efectuarla, por lo que finalmente, fu nombrado auditor de cuentas don ….., 2.º) Que dada la carencia de liquidez de la empresa, se solicitó la aportación de los socios para hacer frente a los honorarios del auditor. A pesar de dicho requerimiento la solicitante no aportó aún la cantidad acordada.

III

El Registrador Mercantil de Málaga, con fecha 23 de abril de 2012, 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 por entender que el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas no

está condicionado ni a la formulación de las cuentas por los administradores, ni a la aprobación de estas por la Junta ni a su depósito en el Registro Mercantil, sino que puede ejercitarse por quien esté legitimado dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social. La carencia de efectivos de caja no es motivo para denegar la solicitud, dado que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que los gastos de auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad.

IV

Con fecha 23 de mayo de 2012 la indicada representación social presentó un escrito solicitando que fuera designado como auditor de las cuentas del ejercicio 2011 el mismo auditor que está realizando las del ejercicio 2010.

V

Con fecha 30 de mayo de 2012 el Registrador Mercantil contestó a dicho escrito reiterando su resolución de 23 de abril de 2012,

VI

Por resolución de 5 de julio de 2012 el Registrador Mercantil de Málaga procedió a nombrar auditor de cuentas a don ….. que en ese mismo día aceptó el encargo de auditoría de cuentas.

VII

Finalmente, el 28 de agosto de 2012 la solicitante de la auditoría de cuentas presentó un escrito con firma legitimada en el Registro Mercantil de Málaga en el que desistió de su solicitud de auditoría para el ejercicio 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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 presentado por la solicitante de la auditoría, doña ….. y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2011 de la entidad mercantil «Sankar Real Estate Partner, S.L.».

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

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

Madrid, 21 de mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Málaga.

Resolución de 21 de mayo 2013 (2.ª)

En el expediente 212/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Escualo Seguridad, S.L.».

HECHOS

I

Don …. y doña ….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Cádiz el 5 de marzo 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 «Escualo Seguridad, 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 procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo para verificar los ejercicios 2010, 2011 y 2012, luego no procede el nombramiento solicitado por la minoría social de la compañía.

III

La Registradora Mercantil de Cádiz, con fecha 15 de mayo de 2012, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que el día 26 de Marzo de 2012, bajo el asiento 1.467 del Libro Diario núm. 176, la sociedad presentó una escritura otorgada en Chiclana de la Frontera el 23 de diciembre de 2010, ante el notario don José Manuel Páez Moreno, por el que se eleva a público el contrato suscrito 16 de diciembre de 2010, por la sociedad y el Auditor don ….., dicha escritura fue calificada defectuosa el 16 de Abril de 2012, con la siguiente nota «a elevación a público del contrato privado de auditoría no es título adecuado o suficiente para la inscripción del nombramiento de auditor debe ir acompañado de certificación del administrador

del acuerdo de que en dicha fecha se acordó el nombramiento de auditor con carácter voluntario para dichos ejercicios 2010, 2011, subsanando, al efecto, el contrato elevado a público en el documento presentado». El día 9 de mayo de 2012, se presentó en este Registro la documentación solicitada por la que el Administrador Único de la sociedad don ….., certifica que con fecha 16 de diciembre de 2010, adoptó el acuerdo de nombrar a don ….., como Auditor de la sociedad para los ejercicios 2010, 2011 y 2012. Concluyó su resolución manteniendo que la auditoría voluntaria de la sociedad garantizó el derecho de los solicitantes, por lo que su derecho había sido enervado.

IV

Contra dicha resolución don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, resumidamente: 1.º) Que no es cierto que el día 16 de diciembre de 2010 se celebrase una Junta general de socios en la cual se acordase el nombramiento de auditor de cuentas, tal como parece que entiende la Registradora Mercantil, sino que dicho acuerdo elevado a público es un pacto inter partes que solamente produce efectos entre los firmantes del acuerdo. 2.º) Que sorprende que la auditoría se inscriba en el registro con posterioridad a la solicitud de la minoría y con una escritura autorizada el 23 de diciembre de 2010, que elevó a público un contrato de auditoría.

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 en las sociedades no sujetas por ley a la obligación de presentar sus cuentas en el Registro Mercantil junto con el informe de gestión y el informe de auditoría no rigen las normas de competencia y plazos establecidos en el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital, precisamente, para las sociedades que si lo están, es decir, aquellas que no pueden presentar sus cuentas anuales en forma abreviada, de suerte que el órgano de administración social puede realizar por sí mismo la contratación de un auditor de cuentas para verificar las correspondientes a uno o varios ejercicios sociales, por tratarse de un acto de administración y gestión, para los que está facultado.

2.º La cuestión de fondo planteada se centra en determinar cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria contratada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. 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.

En el supuesto analizado, concurren ambas condiciones, dado que la sociedad ha acreditado la contratación de la auditoría con anterioridad a la presentación de la instancia del socio minoritario, tal como se desprende del contrato con el auditor, elevado a escritura pública el 23 de diciembre de 2010 y autorizado por el notario de Chiclana de la Frontera, don José Manuel Páez Moreno y, asimismo, mediante la posterior inscripción del nombramiento, ha garantizado el derecho del solicitante al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2011 puesto que cuando la sociedad presente las cuentas anuales de ese ejercicio para su depósito en el Registro Mercantil habrá de acompañarlas del informe realizado por el auditor nombrado. Consecuentemente se ha de concluir que en esta ocasión la auditoría voluntaria 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 la Registradora Mercantil de Cádiz el 15 de mayo 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, 21 de mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Cádiz.

Resolución de 21 de mayo de 2013 (3.ª)

En el expediente 213/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Jampe Servimar, S.L.».

HECHOS

I

Don …. y doña ….., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Cádiz el 5 de marzo 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 «Jampe Servimar, 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 procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo para verificar los ejercicios 2010, 2011 y 2012, luego no procede el nombramiento solicitado por la minoría social de la compañía.

III

La Registradora Mercantil de Cádiz, con fecha 15 de mayo de 2012, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que el día 26 de Marzo de 2012, bajo el asiento 1.468 del Libro Diario núm. 176, la sociedad presentó una escritura otorgada en Chiclana de la Frontera el 23 de diciembre de 2010, ante el notario don José Manuel Páez Moreno, por el que se eleva a público el contrato suscrito 16 de diciembre de 2010, por la sociedad y el Auditor don ….., dicha escritura fue calificada defectuosa el 16 de Abril de 2012, con la siguiente nota «La elevación a público del contrato privado de auditoría no es título adecuado o suficiente para la inscripción del nombramiento de auditor. Debe ir acompañado de certificación del administrador del acuerdo de que en dicha fecha se acordó el nombramiento de auditor con carácter voluntario para dichos ejercicios (2010, 2011 y 2012 Rs. 21-111-2006), subsanando, al efecto, el contrato elevado a público en el documento presentado». El día 9 de mayo de 2012, se presentó en este Registro la documentación solicitada por la que el Administrador Único de la sociedad don ….., certifica que con fecha 16 de diciembre de 2010, adoptó el acuerdo de nombrar a don ….., como Auditor de la sociedad para los ejercicios 2010, 2011 y 2012. Concluyó su resolución manteniendo que la auditoría voluntaria de la sociedad garantizó el derecho de los solicitantes, por lo que su derecho había sido enervado.

IV

Contra dicha resolución don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, resumidamente:

1.º) Que no es cierto que el día 16 de diciembre de 2010 se celebrase una Junta general de socios en la cual se acordase el nombramiento de auditor de cuentas, tal como parece que entiende la Registradora Mercantil, sino que dicho acuerdo elevado a público es un pacto inter partes que solamente produce efectos entre los firmantes del acuerdo. 2.º) Que sorprende que la auditoría se inscriba en el registro con posterioridad a la solicitud de la minoría y con una escritura autorizada el 23 de diciembre de 2010, que elevó a público un contrato de auditoría.

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 para las sociedades no sujetas por ley a la obligación de presentar sus cuentas en el Registro Mercantil junto con el informe de gestión y el informe de auditoría no rigen las normas de competencia y plazos establecidos en el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital, precisamente, para las sociedades que si lo están, es decir, aquellas que no pueden presentar sus cuentas anuales en forma abreviada, de suerte que el órgano de administración social puede realizar por sí mismo la contratación de un auditor de cuentas para verificar las correspondientes a uno o varios ejercicios sociales, por tratarse de un acto de administración y gestión, para los que está facultado.

2.º La cuestión de fondo planteada se centra en determinar cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria contratada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. 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.

En el supuesto analizado, concurren ambas condiciones, dado que la sociedad ha acreditado la contratación de la auditoría con anterioridad a la presentación de la instancia del socio minoritario, tal como se desprende del contrato con el auditor, elevado a escritura pública el 23 de diciembre de 2010 y autorizado por el notario de Chiclana de la Frontera, don José Manuel Páez Moreno y, asimismo, mediante la posterior inscripción del nombramiento, ha garantizado el derecho del solicitante al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2011 puesto que cuando la sociedad presente las cuentas anuales de ese ejercicio para su depósito en el Registro Mercantil habrá de acompañarlas del informe realizado por el auditor nombrado. Consecuentemente se ha de concluir que en esta ocasión la auditoría voluntaria 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 para la entidad mercantil «Jampe Servimar, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Cádiz el 15 de mayo 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, 21 de mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Cádiz.

Resolución de 22 de mayo de 2013

En el expediente 216/12 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Innovación, Estudio, Fabricación y Transferencia Técnica Sociosanitaria, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó en la Oficina de Correos un escrito dirigido al Registro Mercantil de Sevilla el 30 de marzo de 2012 y con entrada en ese registro el 2 de abril de 2012 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% de capital social de «Innovación, Estudio, Fabricación y Transferencia Técnica Sociosanitaria, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña …..., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la solicitud es extemporanea, dado que fue presentada en el Registro Mercantil una vez finalizado el plazo de tres meses previsto en la Ley. 2.º) Que la solicitante no acompañó su instancia de la documentación probatoria de su condición de socia y de su legitimación para solicitar el nombramiento. 3.º) Que la firma no aparece notarialmente legitimada, por lo que la ausencia del referido requisito impide comprobar la identidad de la peticionaria y de la que subscribe la instancia. 4.º) Que, dado los elevados costes que la auditoría supone para la sociedad, debe exigirse a la solicitante una exposición de causa de la petición. 5.º) Que la solicitante de forma fraudulenta busca un resultado distinto al previsto en el ordenamiento jurídico. 6.º) Que las cuentas correspondientes al ejercicio 2011 no han sido formuladas.

III

El Registrador Mercantil número III de Sevilla, con fecha 17 de julio de 2012, acordó desestimar la oposición de la sociedad por reunir el solicitante las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige. Señaló que lo que primero se plantea en el presente expediente por la sociedad es si procede o no la presentación de la instancia o solicitud en las oficinas de correos, como ha realizado la socia solicitante, como antes se ha indicado, lo que es factible toda vez que el articulo 38.4.c) de la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Pública y del Procedimiento Administrativo Común, admite la presentación en las oficinas de correos «en la forma que reglamentariamente se establezca» y dicha forma reglamentaria se contiene en él vigente Reglamento de los Servicios de Correos aprobado por Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, artículos 31 y 32 (RR. DGRN. de fechas 8 de octubre de 1993, 2 de marzo de 1995, 27 de octubre de 2000 y 8 de octubre de 2003 entre otras). No puede prosperar la alegación de falta de legitimación formulada por la sociedad, ya que el solicitante ha aportado un principio de prueba invocando su titularidad sobre determinadas participaciones sociales, tal como consta en la escritura de constitución y de ampliación de capital de la sociedad, las cuales están inscritas en este Registro mercantil, no debiendo admitirse la simple negación de dicha legitimación. En cuanto a la firma que consta en la instancia y que la sociedad cuestiona, en este procedimiento no es necesario que las partes acrediten fehacientemente su identidad mediante legitimación de firmas o mediante comparecencia ante el Registrador Mercantil, sino que a efectos identificativos basta con que en la instancia conste el nombre y apellidos del solicitante y que haya sido firmada por éste. Tampoco puede prosperar la causa de oposición referida a la inexpresión

de la causa, dado que como ha mantenido la Dirección general de los Registros y del Notariado, la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. La precaria situación económica por la que atraviesa la sociedad no puede enervar el derecho de la solicitante, dado que por disposición expresa del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas los gastos de auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad. Asimismo no puede prosperar la alegación de falta de formulación y aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2011: Ese hecho de que las cuentas no estén formuladas no impide la propia solicitud y el reconocimiento del derecho ya que, aún no pudiendo verificarse, la auditoría sirve para certificar su inexistencia, como posible paso previo para el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores. Además, para este Registro Mercantil resulta imposible examinar las razones que llevan a los socios a requerir dicho nombramiento, ya que si bien es cierto que estas razones no serán siempre legitimas, y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara, por el contrario, el abuso del derecho o el ejercicio del mismo, también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento, no sólo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita la vía jurisdiccional civil –Articulo 1.902 del Código 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 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 29 de mayo de 2000, 8 y 25 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero y 19 de diciembre de 2006 y 21 de mayo de 2007 y 18 de octubre de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador mercantil de Sevilla que no hace sino reiterar la doctrina mantenida por este Centro Directivo. En primer lugar, respecto al plazo de presentación de la solicitud, no se ha de olvidar que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es supletoria de la regulación contenida en el Reglamento del Registro Mercantil de este procedimiento de nombramiento de auditor de cuentas, de

tal manera que es aplicables lo dispuesto en su artículo 38.4 sobre la presentación indirecta de escritos y documentos de los interesados. Por tanto, la fecha de presentación en la Oficina de Correos es la que debe tenerse en cuenta para apreciar si la instancia fue presentada en el plazo preclusivo de tres meses previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, siendo así que en el caso presente la instancia fue presentada el 30 de marzo de 2012, aunque su entrada en el Registro Mercantil tuviera lugar el 2 de abril de 2012.

2.º En segundo lugar, la sociedad discute legitimación de la solicitante por no aportar la documentación acreditativa de su condición de socia y del porcentaje de su participación en el capital social. La cuestión relativa a la forma de acreditar la socia su legitimación 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 –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que, por si sola, no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que el solicitante no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por la solicitante un principio de prueba: las escrituras de constitución y de ampliación de capital social de la sociedad inscritas en el Registro Mercantil de Sevilla, de las que resulta que tiene la condición de socia y la titularidad sobre un número de participaciones sociales superior al 5% de capital social que es el mínimo exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para ejercitar el derecho a la verificación contable *(cfr.* artículo 18 de Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil).

La sociedad, por su parte, no ha aportado prueba alguna demostrativa de que hubiera perdido el porcentaje de participación social que invocó. Las alegaciones del recurrente intentan trasladar al peticionario de la auditoría la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni reglamentariamente, olvidando que éste ya ha demostrado las condiciones exigidas para ejercitar el derecho a la verificación contable. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar –y no lo ha hecho– que el accionista ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que esta legitimado para solicitar la auditoría.

3.º Cuestión íntimamente conectada a la anterior es la referida a la falta de legitimación de la firma del solicitante. Como ha mantenido este Centro Directivo en numerosas resoluciones, el Reglamento del Registro Mercantil al regular este procedimiento, 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 administradora única sin que tuviera que acreditar su identidad o la vigencia de su cargo.

4.º En cuanto a la inexpresión en la instancia que inició el procedimiento de la causa de la solicitud, como ha mantenido este Centro Directivo, en las sociedades que pueden presentar sus cuentas en el Registro Mercantil de forma abreviada y que, por esta razón, están exentas de la obligación legal de verificación contable, es indiferente la inexpresión de la causa o su expresión insuficiente o inexacta, dado que ésta es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa.

5.º También ha mantenido esta Dirección General en numerosas resoluciones, que el hecho de que las cuentas correspondientes al ejercicio 2011 no hayan sido formuladas tampoco puede ser obstáculo para que la socia minoritaria ejercite su derecho, ya que la auditoría de cuentas persigue un informe sobre si la contabilidad social llevada a cabo por los administradores es o no es ajustada a derecho. Además, la presencia de auditores puede servir, entre otros extremos, para fundamentar, futuras acciones de responsabilidad de los administradores.

6.º Por lo que se refiere a los gastos que la auditoría comporta para la sociedad, como indicó el registrador Mercantil, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone de manera taxativa –sin que quepa margen interpretativo alguno– que éstos corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre. Además de lo anterior, no puede admitirse que el ejercicio de un derecho tan solo condicionado a que el solicitante reúna los requisitos legales de capital y tiempo sea denegado por los gastos económicos que los honorarios del auditor ocasionan a la sociedad, incluso aunque ésta se encuentre en una difícil situación económica.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., administradora única de «Innovación, Estudio, Fabricación y Transferencia Técnica Sociosanitaria, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número III de Sevilla el 17 de julio 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 mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 23 de mayo de 2013 (1.ª)

En el expediente 219/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Panaderías Calahorranas, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de La Rioja, el 23 de marzo 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 25% del capital social de «Panaderías Calahorranas, 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 copia de la escritura de transformación de la sociedad de anónima en sociedad de responsabilidad limitada

II

La sociedad, a través de su administradora, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, 1.º) Falta de legitimación del solicitante, puesto que realizó 3200 participaciones sociales a un precio de 32 euros, además de renunciar a sus cargos de Presidente y Consejero del Consejo de Administración de la compañía, tal como resulta del Acta notarial, extendida por el notario don Miguel Angel Estébanez López. 2.º) Que se solicita la auditoría de las cuenta correspondientes al ejercicio 2011, siendo lo cierto que el solicitante ha sido conocedor de todas las cuentas y balances existentes. 3.º) Que es difícil pretender que se auditen unas cuentas que todavía no han sido presentadas a los socios para su aprobación, sin que sea razonable hasta esta fecha que nadie pueda plantear una auditoría. 4.º) Por último, la precaria situación de la empresa debido a la disminución de ventas hace imposible costar los gastos de una auditoría.

III

La Registradora Mercantil de La Rioja, acordó el 12 de junio de 2012, desestimar la oposición de la sociedad, al entender que del acta notarial de la Junta general de 18 de

noviembre de 2010, no se desprende la transmisión de las 3200 participaciones del solicitante, alegada por la sociedad. En sus alegaciones, la solicitante adjunta acta notarial de 15 de noviembre de 2011, en la que consta que es titular del 25% del capital social de la empresa. Respecto a la alegación de que el socio fue también administrador de la sociedad, éste no es un impedimento para el ejercicio del derecho de auditoría, dándose la circunstancia de que no reunió esta condición durante el ejercicio económico cuya auditoría solicita. Es irrelevante que las cuentas no hayan sido formuladas. Tampoco es admisible la alegación de falta de liquidez de a compañía.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, básicamente, los argumentos aducidos en su escrito de oposición que en consecuencia se dan por reproducidos en la presente instancia, sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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.

1.º El presente recurso plantea diversas cuestiones sustantivas que serán sucesivamente resueltas en esta resolución. La primera de ellas es la relativa a la forma de acreditar el socio su legitimación y como contrapartida la forma de enervación por 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 –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por si sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: las escrituras de constitución y posterior ampliación de capital inscri-

tas en wel Registro Mercantil (artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil), sin que la sociedad, por su parte, haya aportado prueba alguna demostrativa de que hubiera perdido su condición de socio. Las alegaciones de la recurrente intentan trasladar al peticionario de la auditoría la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni reglamentariamente, olvidando que éste ya ha demostrado, al menos, que fue socio y, bajo su responsabilidad, que sigue siéndolo en la actualidad. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar –y no lo ha hecho– que el accionista ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que esta legitimado para solicitar la auditoría.

Por tanto, si bien es cierto que consta en el expediente un acta de 18 de noviembre de 2010 extendida y firmada por la Secretaria del Consejo de Administración, Susana Jiménez Subero de la que resulta que en la Junta general Extraordinaria de 18 de noviembre de 2010 el solicitante transmitió 3.200 participaciones sociales, no obstante dicha acta, como documento privado que es, no puede surtir efectos frente a terceros, ni mucho menos desvirtuar el contenido del Registro. Por tanto, se ha de concluir que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba aportado por el solicitante, del que resulta su condición de socio y su participación en el capital social en un porcentaje superior al 5% legalmente exigido.

2.º En cuanto al conocimiento que tuvo el socio de la contabilidad social y demás información de la sociedad, como ha mantenido este Centro Directivo, 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º El hecho de que no estén aprobadas las cuentas de la sociedad tampoco puede ser obstáculo para que el socio ejercite un derecho que la ley le reconoce, dado que este derecho de auditoría persigue verificar por parte de expertos independientes si la contabilidad social se ha llevado de manera ajustada a derecho y solo está condicionado a que los solicitantes reúnan las circunstancias de capital y tiempo que se mencionan en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital sin que haya de esperarse a la previa celebración de la junta. Muy por el contrario, básicamente lo que la Ley ha pretendido con este nuevo derecho, aunque puede cumplir otras finalidades, es, precisamente, que los socios puedan disponer de dicho informe antes de la celebración de dicha asamblea general con el fin de proceder –con mayor cocimiento de causa– a la aprobación o no de las cuentas anuales que les presentan los órganos sociales.

4.º Por último se ha de señalar que el motivo de oposición relativo a las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, tampoco puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor pues, como ha mantenido este Centro Directivo, 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., en nombre y representación de «Panaderías Calahorranas, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Palencia el 12 de junio 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 23 de mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Palencia.

Resolución de 23 de mayo de 2013 (2.ª)

En el expediente 220/02012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una accionista de «BCN Asset Allocation, Empresa de Asesoramiento Financiero, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., don ….., ambos en su propio nombre y derecho y don ….., en nombre y representación de la mercantil «Novella Assessors, S.L.» presentaron un escrito en el

Registro Mercantil de Barcelona el 6 de marzo de 2012 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 titulares del 5% del capital social de «BCN Asset Allocation, Empresa de Asesoramiento Financiero, S.L.» el nombramiento de un auditor con el fin de conocer si las cuentas anuales del ejercicio 2011 ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta no presentó oposición a la solicitud de auditoría formulada por los socios minoritarios.

III

El Registrador Mercantil número XV de Barcelona, con fecha 7 de mayo de 2012 acordó estimar su solicitud, tras señalar que los solicitantes reúnen los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos para solicitar la auditoría.

IV

Contra dicha resolución don ….., actuando en nombre y representación de la sociedad afectada por la solicitud, «BCN Asset Allocation, Empresa de Asesoramiento Financiero, S.L.», interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que los peticionarios presentaron su instancia el 6 de marzo de 2012, conociendo que en el momento de celebración de la Junta general, la sociedad no tendría noticias de dicha solicitud. Esta premeditación denota un manifiesto abuso de derecho, pues la verdadera finalidad fue forzar la suspensión de la Junta debidamente convocada o la no inscripción de los acuerdos adoptados por la mayoría.

V

Con fecha 25 de julio de 2012, don ….., actuando en nombre y representación de la citada sociedad, presentó un escrito en el Registro Mercantil desistiendo del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Registrador acordando la procedencia del nombramiento de auditor instado por los socios minoritarios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 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 ….., actuando en nombre y representación de «BCN Asset Allocation, Empresa de Asesoramiento Financiero, S.L.»,

contra la decisión del Registrador Mercantil número XV de Barcelona de 7 de mayo de 2012 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, 23 de mayo de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de número XV de Barcelona.

Resolución de 24 de mayo de 2013

En el expediente 222/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Importaciones Textiles Barcelona Málaga, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 30 de marzo 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 «Importaciones Textiles Barcelona Málaga, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012. Adjuntó a u escrito copia simple del Acta Notarial de la Junta general de 29 de julio de 2011, autorizada por el notario de Barcelona, don Raúl Jesús Cillero Raposo, bajo el número 1674 de su protocolo; copia simple de escritura de compraventa de participaciones sociales, otorgada el 25 de enero de 2005 ante el notario de Barcelona don Joan Carles-Farrex Ustrell, número 173 de su protocolo, en virtud de la cual el solicitante compró 40 participaciones sociales de la compañía.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad, a pesar de no estar obligada a la verificación contable, acordó el nombramiento voluntario de un auditor de cuentas externo. Adjuntó a su escrito copia del presupuesto de servicios aportado por el auditor, el 10 de enero de 2012 y copia

de la escritura pública autorizada por el notario de Barcelona, don Joan Carles-Farresx Ustrell, bajo el número 720 de su protocolo que documentó el contrato de auditoría de cuentas entre la sociedad y la auditora, doña …

III

A la vista de dicho escrito, el Registrador Mercantil número XIV de Barcelona, el 4 de mayo de 2012, acordó mediante diligencia para mejor proveer, suspender el procedimiento por el plazo de diez días para que la sociedad aportara al expediente prueba que acreditara la existencia de la auditoría de cuentas y del informe de gestión. A dicho requerimiento contestó doña ….. mediante escrito al que adjuntó e-mails de 12 y 13 de enero de 2012.

IV

El Registrador Mercantil número XIV de Barcelona, el 28 de junio 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 supuesto que nos ocupa, de las Inscripciones 4.ª y 5.ª de las practicadas en la Hoja abierta en este Registro a nombre de la sociedad consta que don ….., en uso de las facultades que competen al órgano de administración, nombró como auditor de cuentas de la referida compañía por un plazo de 5 años a contar desde el día 1 de enero de 2011, según su simple manifestación, a doña ….., quien presente en el acto de otorgamiento de la escritura que causó las citadas Inscripciones aceptó el cargo –escritura otorgada en fecha 26 de abril de 2012– y, por tanto, con posterioridad a la solicitud de 30 de marzo de 2012. Asimismo, la sociedad fue requerida para que acreditara la existencia de encargo para la auditoría del ejercicio 2011 previo a la solicitud, habiéndose aportado a este Registro copia de presupuesto de servicios profesionales y de e-mails referidos en los Hechos segundo y tercero de la presente Resolución, documentación que no se adecua a lo establecido por el artículo 1.227 del Código Civil: 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 entregase a un funcionario público por razón de su oficio, y consta que la misma fue aportada en fechas 27 de abril y 22 de junio de 2012 y, en consecuencia, con posterioridad a la solicitud de 30 de marzo de 2012 (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 21 de enero de 2008, 18 de diciembre de 2010 y 7 de septiembre de 2011, entre otras), no habiéndose acreditado, por tanto, la existencia de encargo para la auditoría de las cuentas anuales y el informe de gestión correspondientes al ejercicio de 2011 de la referida mercantil previo a la solicitud de nombramiento de auditor.

V

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

escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que el 10 de mayo d 2012 se practicó la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas 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 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 18 de diciembre de 2010 y 7 de septiembre de 2011.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar que el presupuesto de hecho previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para configurar el derecho del socio minoritario a la verificación contable es, precisamente, que la sociedad no esté sujeta por ley a la obligación de presentar sus cuentas en el Registro Mercantil verificadas por un auditor de cuentas, pudiendo presentarlas en forma abreviada.

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 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 ten-

drá 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 exigidas por esta Dirección General para enervar el derecho del solicitante, puesto que, como indicó el Registrador Mercantil la primera fecha dotada de fehaciencia y que, por tanto, puede probar frente a terceros de que la contratación del auditor ha sido previa a la presentación de la instancia del socio minoritario, es la de elevación a público del contrato de auditoría, el 12 de abril de 2012, la cual es posterior a la de presentación de la solicitud que inició este expediente el 30 de marzo de 2012. No cumpliéndose la primera de las dos condiciones exigidas es indiferente que se cumpla o no la segunda. Por tanto, al menos para este ejercicio económico, la auditoría de cuentas contratada por la sociedad no puede enervar el derecho del solicitante.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don….., administrador único de «Importaciones Textiles Barcelona Málaga, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XIV de Barcelona el 28 de junio 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, 24 de mayo de 2013.–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 junio de 2013 (1.ª)

En el expediente 226/12 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «C Consultor Asesores, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 29 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, como

titular de más del 5% del capital social de «C Consultor Asesores, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia, que el solicitante, además de socio, es administrador solidario de la compañía, por lo que ha podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor de cuentas.

III

La Registradora Mercantil número VIII de Madrid resolvió, con fecha 5 de mayo de 2012 desestimar la solicitud formulada por el socio minoritario, por entender que, si bien es cierto que la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no le impide ejercitar un derecho que la ley le reconoce, en el caso presente consta en los archivos del registro que la sociedad se rige por tres administradores solidarios, lo que significa que cualquiera de ellos habría podido contratar la auditoría de cuentas por sí mismo.

IV

El 23 de agosto de 2012 tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid un escrito firmado por don ….., solicitando de la Registradora mercantil número VIII de Madrid la revocación del acuerdo por el que desestimó su pretensión, dado que fue adoptado en base a un documento falso.

V

Finalmente, el 3 de septiembre de 2012 tuvo entrada en este Centro Directivo un oficio de la Registradora Mercantil de Madrid, trasladando a este Centro Directivo para su resolución el anterior escrito presentado por don …

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 105.1 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 de junio de 2005 y, como más recientes, la de 9 de diciembre de 2008 y la de 21 de abril de 2009.

Para revocar el acuerdo adoptado por la Registrador Mercantil declarando la improcedencia del nombramiento de auditor solicitado por uno de los

socios de la compañía, el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil pone a disposición de las partes interesadas en el procedimiento un cauce procedimental concreto y determinado que es el recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado. No habiendo interpuesto el referido recurso de alzada contra el acuerdo que desestimó la solicitud de auditoría, dicho acuerdo ha devenido firme y ni la Registradora Mercantil que lo dictó, ni este Centro Directivo tienen competencia para dilucidar cuestiones relativas a la posible falsedad de la documentación presentada por la representación de la sociedad.

No obstante si el solicitante y firmante del escrito que hoy se resuelve considera que dicho acuerdo ha sido adoptado sobre la base de documentos falsos puede interponer la correspondiente acción en vía penal y exigir las responsabilidades civiles si que hubiera lugar a ello.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto inadmitir el escrito presentado por don ….., solicitando la revocación del acuerdo de la Registradora Mercantil número VIII de Madrid de 5 de mayo 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 junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil número VIII de Madrid.

Resolución de 3 de junio de 2013 (2.ª)

En el expediente 228/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cárdenas Seguros Integrales, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Cádiz el 28 de marzo de 2012 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 «Cárdenas Seguros Integrales, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través de su administradora, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis en el momento presente y como consecuencia de la grave situación por la que atraviesa la compañía, es imposible afrontar los gastos que originará el nombramiento de auditor de cuentas.

III

La Registradora Mercantil de Cádiz, con fecha 9 de agosto de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, por estar acreditado que la solicitante reúne los requisitos legalmente exigidos y 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.

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 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 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., administradores de «Cárdenas Seguros Integrales, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Cádiz el 9 de agosto 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 junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Cádiz.

Resolución de 5 de junio de 2013

En el expediente 232/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Explotaciones Agrarias Tropicales, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., en representación de la entidad mercantil «Invemi, S.A.» administradora única de «Prolesa Promotora de Levante, S.A.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 20 de julio de 2012 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 «Explotaciones Agrarias Tropicales, S.A.» el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011. Adjuntó a su escrito copia de la escritura otorgada en Jijona el 17 de mayo de 2012 ante la Notaria de dicha localidad doña ….., bajo el número 286 de su protocolo; dos títulos múltiples de acciones y dos pólizas de titularidad de acciones de la citada entidad mercantil.

II

A la vista de dicha solicitud, el Registrador Mercantil de Alicante requirió a la sociedad presentante de la instancia, dado que doña ….. no consta inscrita en el Registro Mercantil como persona física, representante de la entidad «Invemi, S.A.» administradora única de «Prolesa Promotora de Levante, S.A.». A dicho requerimiento, doña ….. contestó, manifestando que fue nombrada persona física representante de «Invemi, S.A.» el 18 de julio de 2012, tal como consta en el Acta de Manifestación, levantada por Doña María Reyes Sánchez Moreno, bajo el número 460 de su protocolo.

III

La sociedad, a través de su Consejero delegado, don Vicente Luís Valls Martínez, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que dicha solicitud constituye un manifiesto abuso de derecho, puesto que la unta General de la compañía acordó expresamente no nombrar auditor de cuentas, dad la difícil situación financiera por la que traviesa la sociedad. 2.º) Que la entidad mercantil solicitante ha sido Consejero de la compañía desde el 25 de octubre de 1995 hasta el 27 de enero de 2012, fecha en la que cesó «motu propio» al decirse en el Consejo de Administración que ni la sociedad ni los Consejeros estaban interesados en adquirir sus acciones. 3.º) Que el ahora solicitante no desembolsó el importe de las acciones suscritas en agosto de 2009, por lo que ha visto reducida su participación en el capital social. Ante dicha reducción presentó una demanda ante los Tribunales contra la sociedad por la reducción de capital efectuada. 4.º) Que conoce perfectamente las cuentas anuales y la contabilidad social, puesto que las cuentas se formularon y se aprobaron por unanimidad en el seno por la Junta general hasta la Junta de 20 de diciembre de 2011, en la que votó en contra de su aprobación, pese a haberlas formulado.

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 13 de septiembre de 2012 de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que la compañía solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que el derecho a solicitar el nombramiento de auditor a los socios de entidades mercantiles que, conforme al artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital no estén obligados a ello, siempre que acrediten reunir el 5% de capital social como medio, sin duda de hacer efectivos los derechos que el artículo 93 de la ley les reconoce.

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 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, 19 de junio de 2007 y 3 de mayo de 2009.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, las motivaciones que han llevado al socio a solicitar la auditoría de cuentas no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que le atribuye el Reglamento del Registro Mercantil 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.* artículos 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca. Quien se sienta perjudicado por el posible abuso de derecho siempre podrá acudir a la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

2.º En cuanto a la información y al conocimiento que tiene el socio solicitante de la contabilidad social, como ha mantenido este Centro Directivo, 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º Tampoco puede prosperar la falta de indicación de la causa de la solicitud, dado que, como ha mantenido este Centro 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– 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 solicitud del art. 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 art. 359 del Reglamento del Registro Mercantil que regula el procedimiento de 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 art. 350 del mismo cuerpo legal que queda enlazado con otro supuesto que es el del art. 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, completamente diferente al número 2 del mismo artículo.

4.º Por último, se ha de señalar que el motivo de oposición relativo a las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, tampoco puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor.

Como ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., Consejero Delegado de «Explotaciones Agrarias Tropicales, S.A.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Alicante el 13 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, 5 de junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 6 de junio de 2013 (1.ª)

En el expediente 203/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de un socio de «Límite Másico Cuántico, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en su condición de administrador único de la entidad mercantil «Proyectos, Asesoramientos y Transportes, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 28 de mayo de 2012 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales representativas del 33% del capital social en la entidad mercantil «Límite Másico Cuántico, S.L.», con el fin ejercitar el derecho de separación del socio, reconocido por los artículos 348 bis y 353 de la Ley de

Sociedades de Capital. Alegó que en la Junta General Ordinaria de la compañía celebrada el 26 de marzo de 2012 su representada solicitó el reparto de dividendos del ejercicio, siendo así que, tal como resulta del Acta Notarial, el representante mayoritario de la sociedad votó en contra del reparto de dividendos. Ante tal negativa y tras infructuosos intentos de llegar a un acuerdo con la sociedad para obtener el valor razonable de sus participaciones sociales, solicitó el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil. Adjuntó a su escrito acta de la referida Junta general extendida por el notario de Madrid, don Jaime Recarte Casanova.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando, en esencia: 1.º) Que no puede aceptar el ejercicio del derecho de separación, al no concurrir los presupuestos establecidos en el artículo 348 bis) de la ley de Sociedades de Capital. 2.º) Que no se ha ejercido el derecho de separación en el plazo previsto en el precitado artículo, dado que la Junta General celebrada el 26 de marzo de 2012 no adoptó el acuerdo de aplicación de resultados, puesto que no éste no fue uno de los puntos que figuraban en su convocatoria de 22 de febrero de 2012. 3.º) Que las entidad mercantil solicitante no requirió al administrador único de la sociedad para que incluyera en el orden del día el estudio y deliberación sobre la aplicación de resultados, ni tampoco se opuso a la celebración de la referida Junta por no incluir en el arden del día dicha cuestión. 4.º) Que una prueba de lo anterior es que una vez presentadas para su depósito las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010 que fueron las aprobadas en la referida Junta general de 26 de marzo de 2012, el Registrador Mercantil denegó el depósito porque la certificación del administrador único no expresó la aplicación del resultado, siendo así que resultan beneficios del ejercicio *(cfr.* artículo 273 de la ley de Sociedades de Capital). 5.º) Que en atención a dicha calificación negativa, el administrador único procedió a convocar una nueva Junta general de carácter ordinario, entre cuyos puntos del orden del día, figuró en la propuesta de aplicación de resultados, el reparto de beneficios, tal como propuso la entidad solicitante de la auditoría. Esta Convocatoria fu notificada mediante requerimiento notarial, burofax y mediante página web de la compañía y se celebró el 28 de mayo de 2012.

III

A la vista de tal escrito el Registrador Mercantil número III de Madrid, con fecha de 12 de junio 2012, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales del solicitante. Mantuvo que el Registrador Mercantil tiene competencia en este procedimiento para decidir si procede o no el nombramiento de auditor de cuentas, a la vista de la falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor de las participaciones sociales, sobre las personas que hayan de ejercer la auditoría de cuentas o sobre el procedimiento a seguir. En el caso presente, las divergencias entre el socio y la sociedad surgen en torno a la concurrencia del derecho de separación, sin que el objeto de este expediente pueda ser la determinación de si concurre o no los requisitos para el ejercicio de este derecho. Solo una vez acreditada la existencia de causa de separación procedería, en todo caso, el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, conforme a lo previsto en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Contra dicha resolución, don ….., en su condición de administrador único de la entidad mercantil «Proyectos, Asesoramientos y Transportes, S.L.» interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, resumidamente: 1.º) Que admitir la postura mantenida por el Registrador Mercantil de Madrid, de no entrar a dilucidar si concurren o no los presupuestos exigidos para el ejercicio del derecho de separación, llevaría a una situación perversa y no querida por el ordenamiento jurídico. 2.º) Que en la Junta general de 26 de marzo de 2012 sí hubo una propuesta sobre la aplicación de resultados que fue la mantenida por el socio minoritario favorable al reparto de beneficios. Dicha propuesta fue rechazada por el socio mayoritario. En efecto, dado que en la Memoria Anual había otra propuesta sobre la aplicación del resultado, formulada por su administrador único, la sociedad recurrente exigió que se votase sobre el destino del beneficio *(cfr.* Acta notarial, folio 6548055 y vuelta, autorizada por el notario de Madrid, don Jaime Recarte Casanova, incorporada al expediente). 3.º) Que, rechazada la propuesta del socio minoritario, se dirigió por conducto notarial carta al administrador único comunicando el ejercicio del derecho de separación y ofreciendo la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre el valor de sus participaciones sociales. Dicha comunicación fue recibida por la sociedad el 23 de abril de 2012. 4.º) Que en el caso presente, resultan acreditados todos los requisitos exigidos por el artículo 348 bis) de la Ley de Sociedades de Capital para ejercitar el derecho de separación social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 348 *bis)* y 353 de la Ley de Sociedades de Capital, 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 1993, 20 de enero de 1998 y, como más reciente, la de 2 de marzo de 2002, 17 de octubre de 2006.

Procede determinar en esta resolución si estamos o no en presencia de uno de los supuesto establecidos en la Ley para la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas con el fin de 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 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, el acuerdo de la sociedad adoptado en la Junta General de 28 de mayo de 2012 por el que se anularon los anteriores, aprobados por la Junta General celebrada el día 26 de mazo de 2012 tuvo la finalidad de

subsanar el defecto señalado por el Registrador Mercantil de Madrid para practicar el depósito de las cuentas anuales de dicho ejercicio. Sin embargo y, sin perjuicio del derecho de la sociedad a adoptar los acuerdos que tenga por conveniente, sus decisiones no tiene efectos retroactivos, por lo que no puede impedir que el socio que se pronunció en dicha Junta General de 26 de marzo de 2012 a favor del reparto de dividendos y que solicitó la separación ante el rechazo de su propuesta por la mayoría de la sociedad, ejercite el derecho de separación que nació en el contexto de la Junta General Ordinaria de 26 de marzo de 2012, dado que en aquel momento y, aun con posterioridad, cuando el socio comunicó a la sociedad tal decisión por conducto notarial, recibido por la administración social el 23 de abril de 2012 estaba vigente el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital que reconoce el derecho individual del socio a separarse de la sociedad. Y es que no ha de olvidarse que lo que el legislador pretendió reconociendo esta nueva causa de separación del socio fue preservar los derechos de las minorías que deseen percibir si quiera sea una parte de los dividendos obtenidos durante el ejercicio, frente a la opinión mayoritaria que desea invertirlos y capitalizar la sociedad.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el precepto legal en el que fundamenta el ejercicio de este derecho, el artículo 384 bis fue suspendido temporalmente por la Disposición transitoria única de la Ley 1/2012, de 22 de julio, de simplificación de obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, hasta el 31 de diciembre de 2014, por lo que el socio, si no ejercita su derecho en el momento en que lo hizo, puede verse prisionero de la sociedad y de su mayoría social, si ésta acuerda en los futuros ejercicios económicos el no reparto de dividendos, cuando en realidad él ejercitó su derecho de separación en el momento en que estuvo vigente el precepto que le facultaba para hacerlo y conforme a los requisitos exigidos en el mismo y en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador único de la entidad mercantil «Proyectos, Asesoramientos y Transportes, S.L.» contra la decisión Registrador accidental del Registrador Mercantil número II de Madrid, con fecha 12 de junio 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 junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número III de Madrid.

Resolución de 6 de junio de 2013 (2.ª)

En el expediente 224/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de unos socios de «Tinger S.L.».

HECHOS

I

Don ….., don ….. y don ….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Tenerife el 10 de julio de 2012 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales en la entidad mercantil «Tinger, S.L.», con el fin ejercitar el derecho de separación del socio, reconocido por los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Alegó, como titulo legitimador, la escritura de constitución de la sociedad, autorizada por el notario de la capital, don Fernando González de Vallejo González, el 8 de mayo de 1998, número 1552 de su protocolo; y otra de redenominación de la sociedad, autorizada por el notario don Javier Martínez del Moral, el 31 de mayo de 2006, número 1160 de su protocolo, las cuales se encuentran inscritas en la hoja abierta a la sociedad.

Adjuntaron, asimismo, Acta notarial autorizada por el notario don Javier Martínez del Moral, número 955 de su protocolo, que contiene los acuerdos adoptados por la Junta General celebrada el 13 de junio de 2012, de los que se levantó acta a requerimiento del administrador único de la sociedad, don ….., en la que consta el ejercicio del derecho de separación del socio.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando, en esencia: 1.º) Que la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de sociedades de capital, suspendió el artículo 348 bis hasta el 31 de diciembre de 2014. 2.º) Que el legislador ha querido privar de vigor ab initio y con independencia de la fecha en que hubiera sido ejercitado.

III

Por resolución de 26 de julio de 2012, el Registrador Mercantil de Tenerife acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales de los solicitantes. Mantuvo que el artículo 348 bis, al que se acogen

los solicitantes para ejercitar el derecho de separación, fue aprobado por Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital (BOE n,° 184, de 2 de agostó de 2011), la cual entró en vigor el 2 de octubre siguiente; quedando en suspenso el ejercicio de tal derecho hasta el 31 de diciembre de 2014 en virtud de Disposición Transitoria que se adicionó al Texto Refundido de la LSC, por la Ley 1/2012, de 22 de junio (BOE n,° 150, de 23 de junio de 2012), que entró en vigor al día siguiente de su publicación. Estando, por tanto, previsto legalmente el derecho de separación del socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendos, con las limitaciones establecidas en la Ley; no existiendo acuerdo en cuanto al valor atribuido a las participaciones sociales, y teniendo conocimiento la sociedad del ejercicio de tal derecho; todo lo cual resulta del acta notarial de la junta celebrada el 13 de junio de 2012 (vigente al tiempo de su celebración el art. 346 bis y anterior a suspensión decretada por la Ley 1/2012, de 22 de junio); procede dar curso a la solicitud formulada por los socios en ejercicio de su derecho de separación, que no es más que la ejecución de un derecho perfeccionado y consolidado, al haberse ejercitado en tiempo y forma; no pudiendo, por tanto, prosperar las alegaciones realizadas por la sociedad sobre la suspensión del ejercicio de mismo, amparándose en una norma posterior que conculcaría el mandato constitucional que establece: «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales» –art. 9.3 Constitución–, y de lo previsto en el apartado 3, del artículo 2 de la Ley sustantiva: «Las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario.», máxime cuando tal derecho, como se ha dicho, ya ha sido ejercitado frente a la Sociedad, lo que viene a ratificar el escrito de alegaciones presentado por la misma oponiéndose a la solicitud realizada por los citados socios.

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 sus dos escritos de oposición a la solicitud y añadiendo, en esencia que, a la luz de la tramitación parlamentaria del la Ley 1/2012, de 22 de junio, que acordó la suspensión del referido artículo 348 bis de la ley de Sociedades de capital, ésta suspensión se llevó a cabo para evitar los perniciosos efectos que la aplicación del precepto originaría a las sociedades.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital, 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 1993, 20 de enero de 1998 y, como más reciente, la de 2 de marzo de 2002, 17 de octubre de 2006.

Procede determinar en esta resolución si estamos o no en presencia de uno de los supuesto establecidos en la Ley para la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas con el fin de determinar el valor aproximado de las participaciones sociales del solicitante. En efecto, constituye doctrina de esta Dirección General –que nuevamente se reitera– que el nombramiento de

auditor para determinar el valor 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 Tenerife, toda vez que, tal como se deduce del Acta Notarial de la Junta general de la compañía, celebrada el 13 de junio de 2012, en ella se acordó el no reparto de dividendos, en contra de la opinión de los solicitantes del nombramiento registral de auditor de cuentas que votaron a favor de la distribución y que ejercitaron en esa misma Asamblea General su derecho de separación.

No es cierto, porque nada dice al respecto la Ley 1/2012, de 22 de junio de 2012, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de sociedades de capital, que la suspensión del artículo 348 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital, tenga carácter retroactivo. Por el contrario, su Disposición final segunda establece para toda la ley, su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

En su virtud, Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto don ….., administrador único de la entidad mercantil «Tinger, S.L.», contra la decisión Registrador Mercantil de Tenerife, de fecha 26 de julio 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 junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Tenerife.

Resolución de 6 de junio de 2013 (3.ª)

En el expediente 225/12 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Nucia Hills Construcciones, S.L., en liquidación».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 31 de marzo de 2012 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular de más del 50% del capital social de «Nucia Hills Construcciones, S.L., en liquidación», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

Tras dos intentos de notificación a la sociedad por correo certificado con acuse de recibo que resultaron infructuosas, el Registrador Mercantil de Alicante realizó la publicación de la citación a través del Boletín Oficial de la provincia de Alicante, sin que la sociedad presentara escrito de oposición al nombramiento solicitado.

III

Por resolución de 2 de julio de 2012, el Registrador Mercantil de acordó acceder al nombramiento de auditor de cuentas solicitado por el socio minoritario, por reunir las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas.

IV

Contra dicha resolución don ….., en representación de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que aducidas en el escrito de oposición y alegando: 1.º) Que en las sociedades no sujetas por ley a la verificación contable, el derecho de la minoría al nombramiento registral de auditor de cuentas, se sustituye por la obligación de rendición de cuentas, prevista en el artículo 152 de la ley Concursal. 2.º) Que aunque el Registrador Mercantil no tiene competencia para discernir en este procedimiento la buena o la mala fe del solicitante, el hecho de que se generen gastos extraordinarios a la masa concursal, por la exclusiva voluntad del solicitante supone doblar los gastos de la sociedad con cargo a la masa concursal.

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

1.º No puede prosperar en esta resolución la alegación fundamental del recurrente, relativa a la imposibilidad de ejercitar el derecho que la ley reconoce al socio minoritario cuando la sociedad está declarada en concurso de acreedores. En efecto, no cabe confundir la información que el administrador concursal debe presentar al juez cada tres meses sobre la realización de las operaciones de liquidación y, la rendición de cuentas que también deberá presentar una vez finalizada la liquidación de los bienes y derechos que integran la masa concursal, con la verificación de las cuentas anuales por un auditor de cuentas nombrado por el registrador mercantil a instancia de la minoría.

Por el contrario, 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 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, con el consiguiente cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda *(cfr.* art. 178.3 de la ley Concursal).

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 ….., en representación de «Nucia Hills Construcciones, S.L.», en liquidación», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Alicante el 2 de julio 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 junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 6 de junio de 2013 (4.ª)

En el expediente 234/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Concept Building N & Mas, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Sevilla solicitando, como titular del 25% del capital social de «Concept Building N & Mas, 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 sociales correspondientes al ejercicio 2010.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ….. y don …..., se opuso a la solicitud, alegando resumidamente, que la petición del socio es extemporánea, ya que el cierre de ese ejercicio social tuvo lugar el 31 de diciembre de 2010, sobrepasando con creces el plazo de tres meses legalmente establecido para solicitar el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla, con fecha de 16 de abril de 2012, notificó al solicitante el escrito de oposición social, siendo así que, a la vista del mismo, éste presentó un escrito de alegaciones aclarando que el ejercicio a verificar por el auditor de cuentas es el ejercicio 2011, aunque por error transcribiera en la instancia el ejercicio 2010.

IV

Trasladado dicho escrito a la sociedad, el 17 de agosto de 2012, ésta presentó un nuevo escrito de oposición reiterando sus alegaciones relativas a la extemporaneidad de la solicitud de auditoría.

V

El Registrador Mercantil de Sevilla, con fecha 19 de septiembre de 2012, desestimó la oposición de la sociedad, por entender que el solicitante implícitamente, había procedido a la subsanación del error que padeció en su solicitud, la cual fue presentada dentro del plazo de tres meses siguientes al cierre del ejercicio social. Dicha subsanación se ampara en el artículo 71 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y ha sido tramitada conforme al procedimiento establecido en el Reglamento del Registro Mercantil, de forma que el escrito de 31 solicitante subsanando su instancia fue trasladado a la sociedad, la cual presentó un nuevo escrito de oposición en el que no alegó ningún otro motivo de oposición.

VI

Contra dicha resolución la indicada representación social, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando sus alegaciones del escrito de oposición y añadiendo que se ha cometido una clara infracción procedimental del artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, dado que se ha sobrepasado el plazo de cinco días que dicho artículo impone al registrador Mercantil para resolver la solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 71 y 79 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 28 de mayo de 1993,19 de julio de 1994 y, como más recientes, las de 4 de octubre, 30 de noviembre de 2005, 27 de abril de 2010 y 23 de agosto de 2011.

1.º El presente recurso plantea dos cuestiones de carácter procedimental que serán sucesivamente analizadas en esta resolución. En primer lugar, como cuestión meramente formal, se ha de indicar que este procedimiento registral de nombramiento de auditor se encuentra regulado en los 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. Por lo cual los defectos de forma de la solicitud, deben ponerse en conocimiento del solicitante del nombramiento de auditor de cuentas con el fin de que subsane los defectos que han podido deslizarse en la instancia o bien supla las omisiones advertidas por el Registrador Mercantil. Esto es lo que ha ocurrido en el caso presente en el que el socio minoritario solicitó la auditoría de cuentas no para el ejercicio inmediatamente anterior, sino para auditar las cuentas correspondientes al ejercicio 2010, por lo que, advertido por el Registrador Mercantil,

éste procedió a rectificar dicho error, en el plazo señalado por el Registrador, por lo que el auditor que se nombre verificara las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

2.º La segunda cuestión planteada es la relativa al carácter de los plazos previsto en las normas del Reglamento del Registro Mercantil que regulan la tramitación de este procedimiento. En ellas se configuran unos plazos de caducidad procesal, como lo son el plazo improrrogable de tres meses para presentar en el Registro Mercantil la instancia solicitando el nombramiento de auditor y el plazo para la interposición del recurso de alzada contra la decisión del Registrador Mercantil. Junto a estos plazos de caducidad procesal, se prevén otros que no tienen carácter preclusivo y que son los establecidos para presentar alegaciones por parte de la sociedad afectada por la solicitud, oponiéndose al nombramiento y el plazo previsto para la resolución por el Registrador Mercantil. Ciertamente, la demora en la resolución de la solicitud por el Registrador mercantil no comporta un vicio de procedimiento que haga anularle el acuerdo adoptado, dado que, a pesar del retraso, tanto los fundamentos jurídicos como el fallo son ajustados a derecho y en ningún momento ha generado indefensión.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….. y don ….., como administradores mancomunados de «Concept Building N & Mas, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Sevilla de 19 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 6 de junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 6 de junio de 2013 (5.ª)

En el expediente 231/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de un socio de «Cat Agrimeca, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Jaén, el 17 de julio de 2012 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales representativas del 11,11% del capital social en la entidad mercantil «Cat Agrimeca, S.L.», con el fin ejercitar el derecho de separación del socio, reconocido por los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Alegó que en la Junta General Ordinaria de la compañía celebrada el 20 de junio de 2012 solicitó el reparto de dividendos del ejercicio 2011, siendo rechazada su propuesta por la mayoría del capital social que votó a favor de la no distribución. Como paso previo a la aprobación de cuentas anuales se hizo constar en el Acta Notarial de la Junta General, levantada por el notario don Antonio Pulgar Cantos, bajo el número de protocolo 475, su propuesta sobre la aplicación de resultados. En el ejercicio del derecho de separación que le concede el artículo 348 bis de la ley de Sociedades de Capital, dirigió un burofax al órgano de administración social solicitando le comunicaran, en el plazo de seis días, el i) valor razonable de las participaciones sociales, ii) la persona o personas que las hayan valorado y el procedimiento seguido para ello.

II

La sociedad, a través de don …..., presidente del Consejo de Administración de la sociedad, se opuso a dicha pretensión, alegando, en esencia: Que el precepto en el que el solicitante funda su derecho fue suspendido por la Ley 1/2012, de 23 de junio, de simplificación de obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital Y por tanto debe rechazarse su petición, dado que cuando presentó su instancia en el registro mercantil la norma invocada no estaba en vigor.

III

A la vista de tal escrito la Registradora Mercantil de Jaén el 3 de agosto de 2012 acordó trasladar dicho escrito al solicitante del nombramiento registral de auditor para que formulara las alegaciones que tuviera por conveniente. Lo que así hizo mediante escrito de 6 de septiembre de 2012.

IV

Por resolución de 10 de septiembre de 2012, la Registradora Mercantil de Jaén acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales del solicitante. Mantuvo que el artículo Primero, Cuarto, 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, estableció una disposición adicional nueva en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de Julio, con el siguiente contenido: «Se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2014, la aplicación de lo dispuesto en el articulo 348 bis de esta Ley». Dicha ley fue publicada en el «Boletín Oficial del Estado», número 150, de 23 de

junio de 2012, y entró en vigor, según su Disposición Final Tercera, el día siguiente al de su publicación en dicho Boletín, es decir, el veinticuatro de Junio de dos mil doce. El artículo 2 del Código Civil consagra la vigencia temporal de las normas, su derogación y el principio general de no retroactividad de las mismas. En cuanto a la eficacia temporal de las normas, viene determinada por su entrada en vigor, desplegando toda su eficacia, hasta que deja de tener vigor, en virtud de alguna de las causas que determinan la pérdida de vigencia. Y esto es lo que ha ocurrido con relación al artículo 348 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, como consecuencia de la Disposición Transitoria que suspende su aplicación hasta el 31 de Diciembre de 2014. No obstante, hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2012, de 22 de Junio, ocurrida el día veinticuatro de Junio de dos mil doce, dicho articulo 348 bis ha estado en vigor, y producido todos sus efectos, por lo que los derechos que han nacido dentro del periodo temporal de su vigencia, pueden ser ejercitados con arreglo a la misma; y consta acreditado que el derecho del socio solicitante ha nacido en la Junta general celebrada el veinte de Junio de dos mil doce, por tanto, antes de la suspensión de vigencia del articulo; y ejercitado dentro del plazo de un mes que el apartado 2) establece. Las Disposiciones Transitorias 1.ª y 2.ª del Código Civil consagran el principio general de que los derechos y situaciones jurídicas se rigen por la normativa vigente en el momento de su nacimiento, considerándolas el Tribunal Supremo como «el Derecho común y general en la materia» (Sentencia de 17 de Septiembre de 2007), y entendiendo, igualmente, la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 16 de Abril de 1991), que «carente nuestro ordenamiento jurídico de unas normas de Derecho intertemporal que tengan carácter genérico, se admite, pacíficamente que, a falta de reglas especificas estatuidas por cada dispositivo legal concreto, y, siempre dentro del marco constitucional que señalan los limites acerca de la retroactividad e irretroactividad de las leyes, son las normas de Derecho transitorio del Código Civil las que cumplen tal función y a ellas debe acudirse».

V

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 a la solicitud y añadiendo, en esencia: 1.º) Que el Registro Mercantil rechaza nuestra oposición por medio de la resolución que impugnamos, al entender que el derecho del solicitante nació el 20/6/12, fecha de celebración de la junta y en la que estaba en vigor el artículo 348 bis, aunque el derecho se ejercitase el 3 de Julio, cuando la norma estaba suspendida. Evidentemente, desde nuestro punto de vista, la resolución dictada debe ser revocada al carecer de fundamentación jurídica. 2.º) Que el problema que existe entre el socio y la sociedad no es el de determinación del valor aproximado de las acciones ni el de la persona que haya de valorarlas, sino el de si existe o no el derecho a la separación de la sociedad por parte del socio, en este caso concreto y en este momento especifico.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital, 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26

de febrero de 1993, 20 de enero de 1998 y, como más reciente, la de 2 de marzo de 2002, 17 de octubre de 2006.

Procede determinar en esta resolución si estamos o no en presencia de uno de los supuesto establecidos en la Ley para la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas con el fin de determinar el valor aproximado de las participaciones sociales del solicitante. En efecto, constituye doctrina de esta Dirección General –que nuevamente se reitera– que el nombramiento de auditor para determinar el valor 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, a la dificultad inicial de valorar la concurrencia de los presupuestos exigidos en el artículo 348 bis de la ley de Sociedades de Capital para su aplicación, se une la de la vigencia del precitado artículo, dado que puede plantearse la cuestión de si la suspensión temporal del precepto, acordada por la Ley 1/2012, de 23 de junio, puede afectar a derechos nacidos con anterioridad a su entrada en vigor pero cuyos efectos se desenvuelven y producen con posterioridad. Para resolver esta cuestión debe tenerse en cuentas que el artículo Primero. Cuarto 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, introdujo una nueva disposición transitoria en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, conforme a la cual: «Se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2014, la aplicación de lo dispuesto en el articulo 348 bis de esta Ley». No estableciendo esta norma el *dies a quo* a partir de cual entra en vigor la suspensión, ha de entenderse que este artículo Primero. Cuatro está comprendido en el régimen de vigencia de toda la ley, regulado en la Disposición final tercera que establece, sin excepción alguna, su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de Estado.

Partiendo de la base de que el «díes a quo» en el que se inició la suspensión es el 24 de junio de 2012, por ser la fecha de entrada en vigor de la ley que la establece, se ha de determinar en qué momento nace el derecho subjetivo reconocido en este precepto a los socios de entidades mercantiles. Conforme a lo dispuesto en el número 1 «el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales 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. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un

mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

De una interpretación conjunta de ambos núms. del mismo artículo, se llega a la conclusión de que legislador ha querido hacer una clara distinción entre el momento en que concurren los presupuestos de hecho previsto para el nacimiento del derecho y el momento en el que debe ejercitarse, señalando al efecto el plazo de un mes computado desde la celebración de la Junta General ordinaria en la que se acuerde la no distribución de dividendos.

En coherencia con lo expuesto, procede confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Jaén pues, como indicó en el acuerdo recurrido, el solicitante acreditó, aportando el Acta Notarial de la Junta general celebrada el 20 de junio de 2012, el nacimiento de su derecho de separación, dado que consta en dicha Acta su propuesta de distribución de dividendos y también que fue rechazada por la mayoría de la sociedad. Y, asimismo, ha quedado acreditado que notificó a la sociedad dentro del mes siguiente a la celebración de dicha Junta su propósito de abandonar la compañía.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., Presidente del Consejo de Administración de la sociedad de la entidad mercantil «Cat Agrimeca S.L.» contra la decisión de la Registradora Mercantil de Jaén, de fecha 3 de agosto 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 junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Jaén.

Resolución de 10 de junio de 2013 (1.ª)

En el expediente 235/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Agro Rizos, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. el 17 de julio de 2012, presentó un escrito en el Registro Mercantil de Teruel 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 titular de más del 5% del capital social de «Agro Rizos, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011, al no haber transcurrido tres meses del cierre del ejercicio económico el 30 de junio de 2012.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta a través de su administrador don …..., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el 98% del capital social de la compañía es una propiedad de carácter consorcial perteneciente al matrimonio formado por doña ….. y don ….. La solicitud formulada por éste último carece de sentido y fundamentación, por cuanto que constituye una estratagema procesal para presionar a su mujer en el actual proceso de divorcio en el que ambos se encuentran inmersos, como consecuencia del abandono del domicilio familiar por el solicitante de la auditoría. 2.º) Que en dicho procedimiento se acordó por el Juzgado de Calamocha la adopción de medidas provisionales, entre las que se encuentran la administración y disposición de los bienes que integran la sociedad conyugal conjuntamente y, en defecto de acuerdo, cualquier acto de administración requerirá la autorización judicial, circunstancia por la cual no es procedente el nombramiento de auditor solicitado. 3.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable y, en el caso de realizarse la auditoría de cuentas, se empeoraría la situación económica de la sociedad, ya suficientemente castigada por diversos impagos.

III

El Registrador Mercantil de Teruel, con fecha 3 de octubre de 2012, acordó estimar la solicitud, en base a que los solicitantes reúnen los requisitos previstos en los artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 359 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 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 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, 26 de junio de 2007 y 22 de octubre 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, exige señalar en esta resolución el error cometido por el Registrador Mercantil de Teruel que solo resolvió la solicitud que inició este expediente mediante la invocación a los preceptos legales y reglamentarios reguladores de este procedimiento, sin dilucidar las diversas cuestiones planteadas en el escrito de oposición. Este Centro Directivo ha mantenido con reiteración que en cumplimiento de las exigencias legales contenidas en los artículos 54 y 89 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 por el RRM, el Registrador Mercantil debe motivar su decisión en atención a las diversas cuestiones planteadas. Ello no obstante, dicho error no ha producido indefensión, dado que la sociedad afectada por la auditoría ha podido aducir en el recurso de alzada las alegaciones que ha tenido por conveniente, coincidentes con las formuladas en su escrito de oposición, las cuales serán sucesivamente resueltas en esta resolución

2.º La primera cuestión de fondo planteada por la sociedad recurrente es la relativa a las medidas provisionales adoptadas en el marco del proceso de divorcio de los cónyuges y su posible incidencia en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas. Al respecto cabe señalar el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que reconoce y regula este derecho solo sujeta su ejercicio al cumplimiento de dos condiciones que son la de capital, conforme a la cual el solicitante debe ostentar la propiedad de al menos el 5% del capital de la sociedad y la de tiempo pues la instancia solicitando al Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas debe presentarse en el Registro en el plazo improrrogable de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio económico inmediatamente anterior. Cumpliendo el solicitante ambas condiciones no tiene influencia en este procedimiento la decisión judicial alegada por la sociedad, dado que, por una parte, ambos cónyuges puede realizar actos de gestión y administración de los bienes comunes y, por otra, al peticionario le corresponden todos los derechos que la ley de Sociedades de Capital reconoce al socio, como propietario de acciones o participaciones sociales, siendo de advertir que la naturaleza de este derecho a la

verificación contable es la propia de un acto de gestión y administración para el que el solicitante, como propietario que es de un número de participaciones sociales, está facultado.

3.º Las motivaciones o intenciones que haya podido tener el peticionario al solicitar la auditoría de cuentas no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que le atribuye el Reglamento del Registro Mercantil. Como ha mantenido este Centro Directivo en reiteradas resoluciones, si bien es cierto que esas intenciones no siempre serán legitimas 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.* artículos 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca. Quien se sienta perjudicado siempre podrá reclamar en la vía jurisdiccional civil la reparación de los perjuicios que, en su caso, se hubieran ocasionado por la actuación maliciosa.

4.º Por último, en cuanto al perjuicio que la realización de la auditoría puede ocasionar a la sociedad, se ha de recordar al recurrente 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 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 «Agro Rizos, S.A.» y contra la Resolución del Registrador Mercantil de Teruel de 3 de octubre 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 junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Teruel.

Resolución de 10 de junio de 2013 (2.ª)

En el expediente 229/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Lyptus Cocinas y Baños, S.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 2010.

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.* artículos 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 Juan Pedro García-Granero Márquez, 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 Epitafio García Ibarbuen, 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.

VI

Por resolución de 30 de abril de 2012, la Dirección General de los Registros y del Notariado a la vista de la tramitación del expediente y de la suspensión acordada por el Registrador Mercantil el 1 de abril de 2012, acordó retrotraer el procedimiento al momento previo a la designación de auditor de cuentas el 21 de marzo de 2011 por el Registrador Mercantil con el fin de que adoptara una decisión sobre la procedencia del nombramiento solicitado.

VII

En cumplimiento de dicha resolución el Registrador Mercantil de Navarra con fecha de 31 de agosto de 2012, teniendo en cuenta la documentación obrante en el expediente y que el nombramiento de auditor voluntario alegado por la sociedad no llegó a inscribirse, acordó declarar la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría. Mantuvo, en esencia, que las alegaciones sociales relativas a la actuación del socio que se opuso al nombramiento de auditor en la reunión del Consejo de Administración, no puede condicionar el derecho del socio minoritario reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

VIII

Contra dicha resolución, don ….., en su condición de Consejero delegado de la entidad mercantil afectada por la solicitud, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta

Dirección General, alegando, resumidamente: 1.º) Falta de legitimación del solicitante, ya que pese a ser socio de la entidad con más de un 5% del capital y además miembro del Consejo de Administración, está violando el principio de los actos propios y no tiene legitimación para poder solicitar un auditor nombrado por el Registro Mercantil. Sin embargo, el propio Sr. García con posterioridad solicitó del Registro Mercantil el nombramiento de auditor para este mismo ejercicio, lo cual supone un quebranto del principio de los actos propios y un actuar contra la buena fe, conforme a lo establecido en el artículo 7 del Código Civil. 2.º) La propia sociedad, en junta General celebrada en diciembre de 2010 procedió, con mayoría del 75% y con el voto en contra del socio solicitante de la auditoría, a nombrar auditor para el citado ejercicio de 2010. Esa escritura fue depositada en el registro mercantil, pero por puros defectos formales fue rechazada, y por lo tanto la inscripción no pudo llevarse a cabo. 3.º) El que en estos momento la sociedad deba realizar otra auditoría del ejercicio de 2010 por petición de un socio minoritario, cuando un auditor ya ha realizado esa auditoría y además la del ejercicio de 2011, y ambas auditorías se han puesto a su disposición y se le han entregado, resultaría un claro abuso de su situación, y un gravísimo perjuicio para la sociedad en estos tiempos de crisis económica. Además, una nueva auditoría del ejercicio de 2010 no aportaría nada nuevo al socio minoritario ni garantizaría más ni mejor sus derechos sociales, con lo que deviene inútil.

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 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009, 15 de abril y 22 de octubre de 2010.

1.º Aun cuando deben rechazarse las dos primeras alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de interposición del recurso porque, en primer lugar, la legitimación para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas es consecuencia de los derechos que la ley atribuye a los socios que ostenten un número de participaciones sociales equivalentes al 5% de capital social de la compañía y no puede estar condicionado por las posiciones que el solicitante haya adoptado en el seno del órgano de administración social sobre la cuestión del nombramiento voluntario de auditor de cuentas.

2.º Y porque, en segundo lugar, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que han llevado al peticionario a instar la auditoría de cuentas pues, 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.* artículos 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 que-

dará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º Sin embargo, se ha aceptar la pretensión de enervar el derecho del solicitante en base a la auditoría voluntaria contratada por el órgano de administración social para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2010, dado que consta en el expediente que el contrato de auditoría celebrado con don …… fue anterior a la presentación de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral, dado que el documento en el que consta la aceptación del auditor incorpora la legitimación notarial de su firma de 21 de diciembre de 2010, lo que hace prueba de la anterioridad respecto de la instancia presentada en ese Registro el 4 de marzo de 2011. Además de lo anterior, consta en el expediente el informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2010, por lo que, en esta ocasión se cumplen las dos condiciones exigidas por este Centro Directivo para que el nombramiento voluntario de auditor efectuado por la sociedad pueda enervar e derecho del solicitante al nombramiento registral de auditor de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar, en los términos que resultan de esta resolución, el recurso interpuesto por don ….., Consejero delegado de la entidad mercantil «Lyptus Cocinas y Baños, S.L.» contra la resolución del Registrador Mercantil de Navarra de 31 de agosto 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 junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Asturias.

Resolución de 10 de junio de 2013 (3.ª)

En el expediente 237/2012 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de unos socios de «Advices Integral Consulting, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Asturias el 5 de octubre de 2012 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales, dado que la Audiencia Provincial de Asturias confirmó la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo de 1 de febrero de 2011 que declaró ajustado a derecho el acuerdo de exclusión social, adoptado por la Junta general de la sociedad «Advices Integral Consulting, S.L.» el 18 de junio de 2008. Adjuntó a su escrito copia de la Sentencia de la Audiencia provincial de Oviedo de 22 de marzo de 2012 y copia de la escritura de constitución de la sociedad, autorizada por el notario de Gijón, don Angel Aznarez Rubio., bajo el número 1404 de su protocolo.

II

A la vista de dicho escrito, la Registradora Mercantil de Asturias requirió al solicitante para que subsanara en el plazo de diez días la omisión de la firma de la solicitud y para que precisara el domicilio social de la compañía, dado que en el Registro Mercantil resulta inscrito otro diferente. A dicho requerimiento el solicitante contestó mediante escrito de 18 de octubre subsanando la antedicha omisión y manifestado lo que consideró oportuno en relación con el domicilio social de la compañía.

III

Notificada de dicha solicitud a la sociedad, doña ….., en su condición de administradora única, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo en la sentencia de 1 de febrero de 2011 declaró ajustado a derecho el acuerdo social de exclusión del hoy solicitante, adoptado por la Junta general de la sociedad el 18 de junio de 2008, dada la vulneración de la prohibición de competencia desleal por don ….. 2.º) Que dicha sentencia fue recurrida por el solicitante ante la Audiencia Provincial de Asturias, recuso que fue desestimado por la Audiencia que confirmó la sentencia recurrida. 3.º) Que el socio que infringió la citada prohibición de competencia desleal, transgredió la buena fe y dejó vacía de contenido a la sociedad, no puede tener derecho al reembolso de sus participaciones sociales.

IV

La Registradora Mercantil de Asturias, con fecha 13 de noviembre de 2012, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, sobre la base de que el acuerdo social de exclusión del socio es uno de los supuestos previstos en la ley para la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas para determinar el valor de las participaciones sociales del socio excluido. Respecto a la falta de legitimación del solicitante, que es la única causa de oposición por parte de la sociedad, mantuvo que el acuerdo de exclusión no

tiene por sí mismo la virtualidad de excluir al socio, sino que inicia un procedimiento que concluye con el reembolso de las participaciones sociales del socio excluido, siendo así que en este proceso el socio está legitimado para solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas.

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 el acuerdo de exclusión no tiene la virtualidad de excluir al socio, sino que requiere confirmación judicial, que recayó con la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo de 1 de febrero de 2011, confirmada por la Audiencia Provincial en la sentencia de apelación de 22 de marzo de 2012. Por tanto dicho acuerdo de exclusión tiene ya suficiente virtualidad como para que el socio quede fuera de la compañía. 2.º) Que independientemente de que el socio excluido tenga derecho a que se le reembolsen su participaciones sociales, el procedimiento por el que optó no es el correcto, pues a la fecha de su solicitud ya no era socio de la compañía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 99 de la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 353 de la Ley de Sociedades de Capital, 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 1993, 20 de enero de 1998 y, como más reciente, la de 2 de marzo de 2002, 17 de octubre de 2006.

Procede determinar en esta resolución si estamos o no en presencia de uno de los supuesto establecidos en la Ley para la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales de los solicitantes. En efecto, constituye doctrina de esta Dirección General –que nuevamente se reitera– que el nombramiento de auditor para determinar el valor real de las acciones o participaciones a que se refiere el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil está indisolublemente unido a «los casos establecidos en la Ley» para el ejercicio de este derecho. En otras palabras, que no es un derecho que pueda ejercitarse sin más por cualquier socio con el fin de conocer el valor de sus acciones o participaciones y, por tanto, que necesariamente tiene que concurrir la circunstancia de tratarse de un supuesto de los tasados por la Ley.

En el caso que nos ocupa, las sentencias del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias

de 22 de marzo de 2012 que confirma en apelación la resolución judicial de instancia, en las que la sociedad apoya sus alegaciones para ponerse al nombramiento de auditor, se limitan a confirmar la validez de dicho acuerdo por ser ajustado a derecho. En ningún momento condenan al socio excluido a indemnizar a la sociedad por los posibles daños y perjuicios ocasionados por su conducta desleal, ni tampoco se pronuncian sobre una eventual compensación a la sociedad mediante la pérdida de la propiedad de sus participaciones sociales. Por tanto, procede confirmar el acuerdo de la Registradora Mercantil, dado que la convalidación del acuerdo de exclusión en sede judicial, solo implica el inicio del procedimiento de exclusión que, conforme a lo previsto en el artículo 99 de la antigua ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, actual artículo 350 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, continúa con la determinación del valor de las participaciones sociales del socio excluido y, ante la falta de acuerdo entre las partes, habrá de determinarlo un auditor de cuentas distinto al de la sociedad y con el reembolso de las participaciones sociales al socio excluido en el plazo de dos meses desde la emisión del informe del auditor y finaliza con el otorgamiento de escritura pública de reducción de capital social.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., administradora única de «Advices Integral Consulting, S.L.» contra la Resolución de la Registradora Mercantil de Asturias de 13 de noviembre 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 junio de 2013.–Firmado el Director general de los Registros y del Notariado. Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Asturias.

Resolución de 11 de junio de 2013

En el expediente 227/12 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Auxiliar d' Explotacions Energetiques, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 30 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, como titular de más del 5% del capital social de «Identia Asesores, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administradora solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que la sociedad se en la Junta general de 2 de enero de 2012 nombró auditor de cuentas a la compañía «Forward Economics, S.L.P. por un periodo de tres años siendo el primero que se audite el cerrado a 31 de diciembre de 2012, dándose instrucciones al administrador de la compañía para que presente a la Junta general ordinaria las cuentas auditadas del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2011. Consecuentemente, con ello queda enervado el derecho del socio. 2.º) Que, la petición del socio minoritario supone un ejercicio abusivo del derecho, dado que en la Junta general voto en contra de la contratación de auditor de cuentas.

III

La Registradora Mercantil número II de Barcelona resolvió, con fecha 23 de julio de 2012, desestimar la solicitud formulada por el socio minoritario. Como cuestión previa, entendió procedente, dilucidar sobre una cuestión procedimental cual es la de los efectos que produce la falta de alegación por parte de la representación de la sociedad de una cuestión esencial, cual es el reconocimiento de la condición de Administrador solidario de don …… hasta su cese en fecha 2 de enero de 2012. Si bien el tenor literal del artículo 354.4 del Reglamento del Registro Mercantil pudiera dar a entender que si la sociedad no contesta, o no alega una cuestión sustancial, debe automáticamente aceptarse la petición del socio, ello no es así porque oponerse no es una obligación sino una facultad que puede ejercerse o no, sin que la falta de ejercicio pueda interpretarse como la tácita conformidad y porque el Registrador, en todo caso, debe comprobar que la solicitud reúne las condiciones legalmente establecidas y resolver sobre el fondo del asunto. En tal sentido, pueden citarse, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 8 de octubre de 2009 y 30 de abril y 1 de septiembre de 2010, entre otras. En el caso presente se plantea la cuestión de si la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador puede impedir que ejercite su derecho. Sobre esta cuestión, la Dirección General de los Registros y del Notariado 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. Esto es lo que ocurre en el caso presente, donde se ha visto reconocida la condición del solicitante como administrador de la compañía hasta su cese efectivo el 2 de enero de 2012, lo que no acon-

tecería si hubiera sido administrador mancomunado, pues en este caso habría tenido que contar con el acuerdo de los demás administradores *(cfr.* artículo 1692 del Código Civil). Respecto al nombramiento voluntario de auditor de cuentas, contratado por la sociedad, mantuvo que para que pueda enervar el derecho del socio 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. 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 1.227 del Código Civil que el nombramiento voluntario qué 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 supuesto que nos ocupa, de la Inscripción 7a de las practicadas en la Hoja abierta en este Registro a nombre de la sociedad «Auxiliar d'explotacions Energetiques, S.L. » consta que en la Junta Universal celebrada el día 2 de enero de 2012 se acordó nombrar como auditor de cuentas a la sociedad «Forward Economics, S.L.P.» por un período de tres años, siendo el primer ejercicio que audite el cerrado a 31 de diciembre de 2012 –y no para el ejercicio de 2011 que es el ejercicio para el que se solicita la auditoría. Asimismo, a la vista del contenido del escrito de oposición aportado y documentación adjunta al mismo, la sociedad fue requerida para que presentara a inscripción en este Registro documentación relativa al nombramiento de auditor alegado siguiendo las instrucciones dictadas por la Junta General de socios al amparo del artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital efectuado por el administrador de la sociedad para el ejercicio 2011 así como su aceptación, y habiéndose aportado al presente expediente en fecha 9 de mayo de 2012 la documentación señalada en el Hecho cuarto de la presente Resolución, cabe señalar que de conformidad con el artículo 1.227 del Código Civil que establece 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 entregase a un funcionario público por razón de su oficio», debe concluirse que la misma no se adecua a lo establecido por el referido artículo, en concreto, en relación al escrito de aceptación de la sociedad «Forward Economics, S.L.P.» cuya firma fue legitimada notarialmente en fecha 9 de mayo de 2012 y aportada a este Registro ese mismo día y, en consecuencia, con posterioridad a la solicitud de 30 de marzo de 2012 (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 21 de enero de 2008, 18 de diciembre de 2010 y 7 de septiembre de 2011, entre otras), no habiéndose acreditado, por tanto, la existencia de encargo para la auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2011 de la mercantil «Auxiliar d' Explotacions Energetiques, S.L.» previo a la solicitud de nombramiento de auditor. Por último, en cuanto a la alegación realizada por la representación social relativa a que la petición del socio don …..., implica un ejercicio abusivo del derecho cuando en la Junta celebrada en fecha 2 de enero de 2012 votó en contra de la verificación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2011 y ahora solicita la designación de un auditor, debe precisarse que existe abundantísima doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalando 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 (artículo 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 sólo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, ade-

más, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (articulo 1.902 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 don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que no tuvo el control de las cuentas anuales y, por tanto, no estuvo en su capacidad contratar los servicios de un auditor de cuentas. 2.º) Que el 8 de febrero de 2011 se acordó su cese como administrador de la compañía y aunque los acuerdos adoptados fueron impugnados por él, no recayó sentencia favorable a sus pretensiones sino hasta el 18 de noviembre de 2011 fecha en que el Juzgado acordó la nulidad de los acuerdos adoptados y tuvo que ser completada con el Auto de 22 de diciembre de 2011, fecha a partir de la cual empezó a correr el plazo de impugnación. 3.º) Que la anotación en el Registro Mercantil de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona declarando nulo su cese como administrador no se produjo hasta el 2 de julio de 2012. Adjuntaba a su escrito copia del mandamiento de cancelación, así como del indicado asiento de anotación en el Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 42 del Código de Comercio, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2005 y, como más recientes, la de 9 de diciembre de 2008 y la de 21 de abril de 2009.

La única cuestión que platea el presente recurso se centra en determinar si el socio que ostentó la condición de administrador solidario de la compañía puede o no solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas anuales del último ejercicio vencido.

Es cierto, como indicó la Registradora Mercantil en el acuerdo recurrido, que este Centro Directivo ha mantenido que el hecho de que el socio minoritario ostente la condición de administrador social no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, propietario de un porcentaje de capital social no inferior al 5%. Esto solo ocurriría si durante el ejercicio económico para el que solicita la auditoría hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ostentado la administración solidaria, porque en este último caso, habría podido contratar por si mismo 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 fuese mancomunada, pues

en este caso habría tenido que contar con el consentimiento de los demás administradores *(cfr.* artículo 1692 del Código Civil).

Sin embargo, en el caso presente, las circunstancias concurrentes en el solicitante que fue cesado como administrador solidario de la compañía por acuerdo de la Junta General de socios de 8 de febrero de 2011, tuvo evidentes efectos en su situación en el seno de la sociedad, puesto que durante más nueve meses del ejercicio 2011 no ejerció la administración de la compañía, ni gestionó sus asuntos, ni pudo, obviamente, contratar ningún tipo de servicio como administrador social, al haber sido privado de esta condición por el citado acuerdo, anulado con posterioridad por la precitada sentencia de 18 de noviembre de 2011, completada con el Auto de 22 de diciembre de 2011.

En atención a estas circunstancias y al hecho de que la doctrina mantenida por esta Dirección General no excluye el ejercicio del derecho por haber ostentado el cargo de administrador solidario en algún mes del ejercicio económico cuya auditoría se pretende, porque ello supondría incurrir en una interpretación restrictiva de un derecho que la ley reconoce a quienes reúnan determinadas condiciones, debe ser reconocido el derecho del socio al nombramiento registral de auditor de cuentas que solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número II de Barcelona el 23 de octubre de 2012 y declarar procedente el nombramiento solicitado.

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

Madrid, 11 de junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número II de Barcelona.

Resolución de 12 de junio de 2013

En el expediente 25/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Controltécnica Instrumentación Científica, S.L.».

HECHOS

I

Don …..., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 18 de febrero de 2013 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 «Controltécnica Instrumentación Científica, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don José Velasco Lanvín, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que, aún cuando la sociedad no está obligada a la verificación contable, ya ha procedido a nombrar auditor de cuentas para los ejercicios 2012 y 2013 a don Joaquín Navarro Rubio, según el acuerdo de a Junta General de 25 de enero de 2013 de la cual levantó acta la notaria de Madrid, doña ….., bajo el número 28 de su protocolo. Los acuerdos adoptados en dicha Junta general fueron protocolizados por la misma notaria de Madrid, doña ……, bajo el número 40 de su protocolo notarial y se presentaron para su inscripción el 14 de febrero de 2013, es decir, antes de la presentación de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento por el Registrador Mercantil.

III

El Registrador Mercantil número IV de Madrid, con fecha 4 de marzo de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo –resumidamente– 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 socio minoritario 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, la sociedad ha acreditado que el nombramiento se acordó por la junta general ordinaria de 25 de enero de 2013, sin embargo la carta de aceptación del auditor de cuentas no consta de fecha fehaciente sino desde la legitimación notarial de su firma, la cual tuvo lugar el 27 de febrero de 2013, fecha posterior a la de presentación de la instancia del socio minoritario. Por tanto, en aplicación de los artículos 1227, 1261-1 y 1262 del Código Civil, no puede entenderse acreditado que el nombramiento y posterior aceptación del auditor de cuentas fuesen previos a la solicitud. No cumpliéndose el primero de los requisitos exigidos, 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 aducidas en su

escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia, sin necesidad de reiteración y añadiendo: 1.º) Que el Registrador Mercantil cita en su resolución a una persona que ni está legitimada ni es socia de la empresa. 2.º) Que cronológicamente la solicitud del Sr. de Las Heras es posterior a la presentación en el Registro Mercantil del nombramiento voluntario de auditor y de la solicitud de inscripción de la sociedad, pues el 18 de febrero de 2013 se encontraba vigente el asiento de presentación. 3.º) Que ni la ley de Sociedades de Capital ni el Reglamento del Registro Mercantil exigen que la aceptación del auditor de la sociedad tenga que ser anterior a la petición del socio minoritario.

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 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009, 15 de abril de 2010 y 18 de junio de 2012.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar que este procedimiento registral de auditor de cuentas se rige, primer lugar por las normas contenidas en los artículos 351 y siguientes del reglamento del registro mercantil y en todo lo no previsto en este cuerpo reglamentario, es de aplicación supletoria las normas sobre procedimiento contenidas en la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Por tanto, respecto al error cometido en el fallo de la resolución del Registrador Mercantil número IV de Madrid de 4 de marzo de 2013, en el que cita el nombre de otra persona en vez del de don ….., solicitante de la auditoría, cabe señalar que, como se deduce de los «Hechos» de la citada resolución y de toda la documentación que consta en el expediente, se trata de un error material, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 105.2 de la precitada ley se procede a su corrección en esta resolución.

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 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, no concurre la primera de las condiciones exigidas por esta Dirección General para que la auditoría voluntaria contratada por la sociedad para el ejercicio 2012 pueda enervar el derecho del socio minoritario, dado que la carta de aceptación de la firma auditora solo tiene fecha fehaciente, desde la legitimación notarial de la firma del auditor, siendo así que ésta, de 27 de febrero de 2013, además de ser la que prueba la perfección del contrato de auditoría de cuentas, (*cfr.* art. 1262 del Código Civil) es posterior a la fecha de presentación de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil el 18 de febrero de 2013. En consecuencia, al menos para este ejercicio 2012, debe prevalecer el nombramiento registral de auditor solicitado por la minoría social.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don …..., en nombre y representación de «Controltécnica Instrumentación Científica, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número IV de Madrid el 4 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil IV de Madrid.

Resolución de 13 de junio de 2013

En el expediente 1/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Almacenes Calmera, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. y don ….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 4 de enero de 2013, 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 «Almacenes Calmera, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

A la vista de dicha instancia el Registrador Mercantil núm. IV de Madrid, con fecha de 8 de enero de 2013, requirió a los solicitantes para que aportaran la documentación acreditativa de su condición de socios y de su titularidad sobre el 5% de capital social, lo que así hicieron mediante escrito de 14 de enero de 2013.

III

La sociedad, a través de su representante, 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, dicho nombramiento consta inscrito en el Registro Mercantil.

IV

El Registrador Mercantil número IV de Madrid, con fecha 21 de enero de 2013, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, que el nombramiento voluntario de auditor realizado por la sociedad, reúne las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, que son: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En el caso presente, la sociedad nombró auditor de cuentas para los ejercicios 2010, 2011 y 2012 y, asimismo, procedió a inscribir el nombramiento de auditor el 23 de marzo de 2011, en virtud de la documentación presentada el 8 de febrero de 2011.

V

Contra dicha resolución los solicitantes de la auditoría de cuentas, doña ….. y don …..., interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: Que el 30 de noviembre de 2012 requirieron a los administradores el informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2011 y la administradora única denegó el acceso a dicho informe, siendo esta la razón por la que procedieron a solicitar el nombramiento de auditor de cuentas del Registrador Mercantil. Adjuntaban A su escrito carta firmad por la empresa auditora «Revisión y Auditoría, S.L.» burofaxes dirigidos a los administradores solidarios solicitando copia del informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2011; y burofaxes de la administradora solidaria denegando el acceso a dicho informe.

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 No puede prosperar la pretensión de los recurrentes dirigida a anular el acuerdo del Registrador Mercantil por el hecho de que la administración social les haya impedido el acceso al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al 2011, realizado por el auditor voluntario contratado por la sociedad, pues el Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 366.1.5) en relación con el último inciso del número 1 del artículo 279 de la ley de Sociedades de Capital garantiza a los socios minoritario el conocimiento de dicho informe, dado que la sociedad cuando presente en el registro Mercantil las cuentas anuales para su depósito habrá de acompañarlas del informe de auditoría de cuentas realizado por el auditor de cuentas inscrito en la hoja abierta a la sociedad, al cual podrán tener acceso no solo los socios minoritarios, sino también terceras personas interesadas en conocer la marcha de la empresa.

2.º En cuanto al derecho de los solicitantes al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil que es la cuestión de fondo planteada en este expediente, este Centro Directivo ha mantenido que para que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas pueda enervar el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital reconoce a los socios minoritarios, debe reunir dos condiciones, que son: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

En el caso presente ambas condiciones aparecen cumplidas, dado que la sociedad procedió a la contratación de auditor de cuentas a contratar los servicios de la empresa auditora «Revisión y Auditoría, S.L.» para la revisión de los ejercicios correspondientes a los años 2010, 2011 y 2012 con anterioridad a la petición de los solicitantes y presentó la documentación requerida para la inscripción del nombramiento el 8 de febrero de 2011, siendo finalmente practicada el 23 de marzo de 2011 de cuentas. Por lo que, en esta ocasión el no procede el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil, dado que el nombramiento de auditor efectuado por la sociedad ha enervado el derecho de los socios minoritarios.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….. y don ….., solicitantes del nombramiento de auditor de cuentas para la sociedad y representación de «Almacenes Calmera, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número IV de Madrid el 21 de enero de 2013.

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

Madrid, 13 de junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IV de Madrid.

Resolución de 14 de junio de 2013 (1.ª)

En el expediente 2/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Coteco Informática Internacional, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 2 de enero de 2013 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 «Coteco Informática Internacional, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta general de la sociedad, en su reunión celebrada ante notario el 28 de diciembre de 2012 acordó designar voluntariamente como auditor de cuentas a la empresa «Pérez y Asociados, S.L.». Adjuntó a su escrito la certificación de los acuerdos sociales, así como el acta de la referida Junta general levantada por el notario de Madrid, don Ramón María Luis Sánchez González.

III

La Registradora Mercantil número I de Madrid, con fecha 17 de enero de 2013, tras señalar que el solicitante reunía las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo para que el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad pueda enervar el derecho del socio 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, si bien es cierto que la designación de auditor de cuentas ha sido previa a la presentación de la solicitud en el Registro Mercantil, la aceptación por parte de éste solo tiene fecha fehaciente desde la legitimación notarial de la firma el día 10 de enero de 2012, siendo, por tanto, posterior a la presentación de la instancia del socio minoritario. No concurriendo el primero de los requisitos es indiferente que el nombramiento haya sido no inscrito.

IV

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 la interpretación realizada por el registrador mercantil es errónea, pues han quedado cumplidos todos los requisitos exigidos por el artículo 359 y 350 del reglamento del registro mercantil. 2.º) Que, asimismo, vulnera lo preceptuado en el apartado tercero del artículo 215 de la Ley de Sociedades de Capital. 3.º) Que, por último, el registrador Mercantil considera que el socio es un tercero cuando, en realidad, no lo es pues asistió a la Junta general y realizó todas las manifestaciones que tuvo por conveniente, las cuales están recogidas en el acta de la Junta levantada por el notario de Madrid don Ramón María Sánchez González.

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 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, en contra de lo que la sociedad entiende, el socio solicitante sí es un tercero en este procedimiento porque pretende ejercitar un derecho que la ley le reconoce contra la oposición la sociedad, como lo prueban los escritos de oposición y de interposición del presente recurso de azada. De la misma manera, para que la sociedad pueda enervar su derecho no solo es necesario acreditar que hubo un nombramiento de auditor en la Junta general, sino que, además, ese nombramiento tiene efectos jurídicos por haber sido aceptado por el auditor de cuentas designado, surgiendo del concurso de la oferta y de la aceptación el contrato de auditoría que culminará con el informe de auditoría de las cuentas correspon-

dientes al ejercicio cuya verificación solicitó el socio minoritario (*cfr.* artículo 1.262 del Código Civil).

Por lo que se refiere a la fehaciencia de la fecha que el Registrador Mercantil y este Centro Directivo exigen acreditar para que el nombramiento de auditor por la sociedad pueda enervar el derecho del solicitante, debe recordarse que la norma general derivada del artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital, es la del nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, no por la sociedad. Esta posibilidad excepcional solo se admite cuando se prueba que, efectivamente, existe una auditoría en curso, lo que comporta probar la previa existencia de un contrato y además garantizar el derecho del solicitante al informe de auditoría de las cuentas del ejercicio inmediatamente anterior, siendo así que, en el caso presente, no se ha probado la contratación previa del auditor, dado que la primera fecha dotada de fehaciencia que consta en la documentación presentada por la sociedad es la de 10 de enero de 2013, la cual es posterior a la presentación de la instancia del socio minoritario, el 2 de enero de 2013.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de «Coteco Informática Internacional, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil número I de Madrid el 17 de enero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IV Madrid.

Resolución de 14 de junio de 2013 (2.ª)

En el expediente 206/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Jara y Sedal, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Sevilla el 30 de marzo de 2012 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Megistro Mercantil como titular de más del 5% del capital social de «Jara y Sedal, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2011.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, 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 procedió a la venta de 3000 participaciones sociales a su hermano, don ….. el 10 de septiembre de 1997. 2.º) La sociedad no está obligada a realizar auditorías de las cuentas anuales al cierre del ejercicio. 3.º) Tanto el balance así como los libros contables de la sociedad están y han estado siempre a su disposición sin necesidad de tener que auditar.

III

A la vista de dicho escrito, el Registrador Mercantil de Sevilla a, con fecha 18 de abril de 2012, dio traslado del anterior escrito de oposición al solicitante de la auditoría para que alegara en su caso lo que estimara por conveniente, lo que así hizo mediante escrito presentado en el Registro el 4 de mayo de 2012.

IV

Por resolución de 8 de junio de 2012 el Registrador Mercantil de Sevilla acordó estimar la solicitud, al entender que como el Centro Directivo viene declarando reiteradamente para acreditar la legitimación del solicitante es suficiente para acreditarla con la aportación de un principio de prueba por escrito y, por el contrario, que para desvirtuar tal presunción es preciso que la sociedad pruebe, a su vez, que nunca lo ha sido o que ha perdido dicha condición. Se trata con ello de no introducir un desequilibrio en la posición jurídica de las partes, además el Reglamento del Registro Mercantil –articulo 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 reglamentario. El solicitante ha aportado junto con el escrito de alegaciones el requerido principio de prueba por escrito, consistente en escritura de aumento de capital otorgada en Sevilla el 26 de julio de 1996, ante el notario don Francisco Rosales de Salamanca, y otra autorizada por el mismo Señor notario, con fecha 28 de abril de 1997, manifestando además haber adquirido por compra a los socios un total de 1.800 participaciones, compra esta que no acredita documentalmente. En virtud de lo anterior, concretamente de las referidas escrituras de ampliaciones de capital así como de la escritura otorgada en Sevilla el 20 de mayo de 2008, ante el

notario don Eduardo Villamor Urbán, número 1.334 de su protocolo, don ….. es titular de un total de 14.700 participaciones sociales, representativas de un porcentaje muy superior al 5% exigido por la vigente legislación para solicitar el nombramiento e incluso, en el caso de que la venta de 3.000 de dichas participaciones realizada en el documento privado de fecha 10 de septiembre de 1997 se hubiera formalizado en la correspondiente escritura pública, lo que no resulta acreditado por la sociedad en su oposición, el solicitante seguiría siendo titular de un porcentaje superior al 5% exigido. La sociedad, por su parte, en el escrito de oposición se limita a negar su condición de socio, no resultando de los documentos que acompaña al citado escrito que el solicitante posea un porcentaje inferior al 5% exigido para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas.

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 que, en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia y añadiendo: 1.º) Que la tramitación de la solicitud realizada por el Registrador Mercantil, ha causado indefensión a la sociedad, dado que dio traslado del escrito de oposición al solicitante de la auditoría de cuentas. 2.º) Que es incomprensible que al solicitante se le exija un principio de prueba y a la sociedad una prueba completa de la falta de legitimación del socio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 2605.2 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 documento privado de venta por parte del solicitante de 3000 participaciones sociales de la compañía puede desvirtuar su legitimación para solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas.

Sobre la forma de acreditar la legitimación del socio este Centro Directivo ha mantenido que es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por si sola no basta para justificar la

oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: las escrituras de ampliación de capital social que constan en las inscripciones 2.ª 3.ª y 7.ª de la hoja registral abierta a la sociedad (artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil). La sociedad, por su parte, se limita a cuestionar dicha legitimación sobre base a un documento privado del que resulta que don ….. vende a don ….. 3000 participaciones sociales, olvidando que aunque dicha transmisión se hubiera realizado, el solicitante continúa siendo propietario de un número de participaciones sociales representativas de más del 5% del capital social de la compañía, lo que le legitima para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación de la sociedad sobre sus dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría pues, como ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritario a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don …..., administrador solidario de «Jara y Sedal, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Sevilla el 8 de junio 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, 14 de junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 14 de junio de 2013 (3.ª)

En el expediente 4/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Servicios Normativos, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Asturias, el 28 de enero de 2013 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 «Servicios Normativos, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta general de la sociedad, reunida el 18 de enero de 2013, procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a la empresa «Llana Auditores, S.L.». tanto a efectos de auditar la sociedad, como a efectos de valorar las acciones del solicitante, ante una posible transmisión de éstas.

III

La Registradora Mercantil de Asturias, con fecha 8 de febrero de 2013, 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, que son: *a)* que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En el caso presente, aunque el acta de la Junta general de 18 de enero de 2013 acredita que se adoptó el acuerdo de nombrar auditor de cuentas en esa fecha, no consta ni la aceptación del auditor designado ni tampoco su inscripción en el Registro Mercantil. Dicha auditoría voluntaria tampoco garantiza el derecho del socio al informe de auditoría, dado que ni se ha inscrito el nombramiento de auditor, ni se ha incorporado el informe de auditoría al expediente, ni se ha puesto a disposición del solicitante.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, dado el escaso tiempo transcurrido desde la fecha de celebración de la Junta general, no ha dado tiempo material al cierre del acta y la posterior materialización de la aceptación formal de la designación del 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 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 acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que han trascurrido más de seis meses desde que presentó en la Oficina de Correos el escrito de interposición del recurso en el que alega falta material de tiempo, sin que en el momento de adoptar la presente resolución haya presentado documento alguno que contenga la fecha fehaciente de aceptación del auditor designado en la Junta general de 18 de enero de 2013 con el fin de acreditar que contrato de auditoría fue anterior a la presentación de la instancia del solicitante en el Registro Mercantil, el 28 de enero de 2013, por lo que se ha de concluir que la auditoría voluntaria no puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento por la Registradora Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en representación de «Servicios Normativos, S.A.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Asturias el 8 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Asturias.

Resolución de 14 de junio de 2013 (4.ª)

En el expediente 5/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Servicios Normativos Asturias, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Asturias, el 28 de enero de 2013 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 33'40% del capital social de «Servicios Normativos Asturias, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta general de la sociedad, reunida el 18 de enero de 2013, procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a la empresa «Llana Auditores, S.L.» tanto a efectos de auditar la sociedad, como a efectos de valorar las acciones del solicitante, ante una posible transmisión de éstas.

III

La Registradora Mercantil de Asturias, con fecha 8 de febrero de 2013, 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, que son: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En el caso presente, aunque el acta de la Junta general de 18 de enero de 2013 acredita que se adoptó el acuerdo de nombrar auditor de cuentas en esa fecha, no consta ni la aceptación del auditor designado ni tampoco su inscripción en el Registro Mercantil. Dicha auditoría voluntaria tampoco garantiza el derecho del socio al informe de auditoría, dado que ni se ha inscrito el nombramiento de auditor, ni se ha incorporado el informe de auditoría al expediente, ni se ha puesto a disposición del solicitante.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, dado el escaso tiempo transcurrido desde la fecha de celebración de la Junta general, no ha dado tiempo material al cierre del acta y la posterior materialización de la aceptación formal de la designación del 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 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 acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que han trascurrido más de cinco meses desde que presentó en la Oficina de Correos el escrito de interposición del recurso en el que alega falta material de tiempo, sin que en el momento de adoptar la presente resolución haya presentado documento alguno que contenga la fecha fehaciente de aceptación del auditor designado en la Junta general de 18 de enero de 2013 con el fin de acreditar que el contrato de auditoría fue anterior a la presentación de la ins-

tancia del solicitante en el Registro Mercantil el 28 de enero de 2013, por lo que se ha de concluir que la auditoría voluntaria no puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento por la Registradora Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en representación de «Servicios Normativos Asturias, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Asturias el 8 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Asturias.

Resolución de 15 de junio de 2013

En el expediente 3/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Segur Robher Correduria de Seguros, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de León, el 11 de enero de 2013 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 «Segur Robher Correduria de Seguros, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

Notificada de dicha instancia, la sociedad, a través de su representante, don ….. se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante es una persona ajena a la sociedad. No ocupa la posición de socio y, por lo tanto, no tiene ningún poder de dispo-

sición. La existencia de una compraventa privada de participaciones sociales, en el supuesto de haber existido, ha sido contraria al orden procedimental que establece el artículo 28.1 de la ley 26/2006, razón por la cual la Dirección General de Seguros se puso en contacto con la sociedad mediante escrito de 13 de diciembre de 2012, comunicándole dicho extremo y anulando la citada compraventa.

III

El Registrador Mercantil de León, con fecha 25 de enero de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas formulada por el peticionario, dado que la sociedad presentó extemporáneamente su escrito de oposición. Con esta misma fecha el Registrador Mercantil procedió a nombrar auditor de cuentas a don ….. que mediante escrito de 31 de enero de 2013 no aceptó el encargo de auditoría por incompatibilidad con la misma.

IV

Por acuerdo de 4 de febrero de 2013 el registrador mercantil de León procedió a realizar la según da designación de auditor de cuentas, la cual recayó en la empresa «Rocasal Auditores, S.L.» que en esa misma fecha y a través de su representante, aceptó el encargo de auditar las cuentas correspondientes al ejercicio 2012 de la sociedad de referencia.

V

Con fecha de 12 de febrero de 2013 la indicada representación social interpuso en el recurso de alzada ante esta Dirección general reiterando los argumentos aducidos en su escrito de oposición a la solicitud y que, en consecuencia, se dan por reproducidos 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.

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 los errores procedimentales cometidos en su tramitación, que consisten, en primer lugar, en considerar preclusivo –sin serlo– el plazo configurado en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil para presentar oposición por la sociedad a la solicitud de auditoría

de cuentas. Como este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente, este trámite reglamentario configura un derecho a favor de la sociedad, no una carga y no está sujeto a un plazo de caducidad procesal, pudiendo la sociedad presentar alegaciones contra la solicitud en cualquier momento del procedimiento, siempre que no haya recaído la resolución del Registrador Mercantil que, por su parte, debe antes de dictar su resolución, examinar si el solicitante reúne tanto los requisitos de legitimación y tiempo exigidos legalmente, así como el resto de los documentos que constan en el expediente, entre ellos el escrito de alegaciones de la sociedad, pronunciándose, motivadamente, sobre todas las cuestiones plateadas, hayan sido o no alegadas por los interesados.

De la misma manera, este Centro Directivo ha mantenido que antes de realizar la designación de auditor de cuentas, se ha debe declarar motivadamente la procedencia o improcedencia del nombramiento registral solicitado y una vez firme la resolución que lo declara por no haber sido recurrida en el plazo de quince días previsto en el Reglamento del Registro Mercantil o por haber sido desestimado el recurso de alzada interpuesto contra la anterior decisión, es cuando se debe proceder a la designación de auditor de cuentas.

En el caso que nos ocupa, la resolución del Registrador Mercantil de 25 de enero de 2013 no contiene ningún fundamento sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas. Tampoco consta ningún requerimiento al peticionario para que acredite dicha legitimación, tal como prevé el artículo 71 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ley aplicable con carácter supletorio a los preceptos del Reglamento del Registro Mercantil que regulan este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas.

Estos defectos de procedimiento señalados en los fundamentos jurídicos anteriores, además de haber causado indefensión a la sociedad, impiden a este Centro Directivo dictar una resolución ajustada a derecho declarando la procedencia del nombramiento solicitado, dado que no se llegó a dilucidar la cuestión esencial de la legitimación de quien dijo ser socio de la compañía y, por tanto, tampoco se dilucidó la procedencia del nombramiento solicitado.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto retrotraer el expediente al momento previo a la resolución del Registrador Mercantil de 25 de enero de 2013 y acordar la nulidad de dicha resolución y de todas las actuaciones posteriores.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de León.

Resolución de 17 de junio de 2013

En el expediente 7/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gráficas Reverts S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia el 11 de enero de 2013 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 «Gráficas Reverts S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2007.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que no ha quedado identificada la personalidad del solicitante con los requisitos exigibles para la verificación de dicha personalidad, ni tampoco el grado de participación, al no constar la verificación de la legalidad de los documentos que nos han trasladado. 2.º) Que la sociedad, aún no estando obligada a la verificación contable, procedió a nombrar auditor de cuentas el de enero de 2013, habiendo presentado en el Registro Mercantil la correspondiente certificación para la inscripción del nombramiento, con lo cual el nombramiento efectuado es prioritario a la petición del solicitante.

III

El Registrador Mercantil de Valencia, con fecha 25 de enero de 2013, acordó desestimar la oposición de la sociedad por reunir el solicitante las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige. Mantuvo que el Reglamento del Registro Mercantil no ha querido ser riguroso en cuanto a sus exigencias formales y no ha previsto que las partes intervinientes hayan de acreditar fehacientemente su identidad mediante la legitimación notarial de su firma o por comparecencia personal ante el Registrador. Por ello, a efectos identificativos del solicitante, basta con que en la instancia consten su nombre y apellidos y que ésta se haya firmado por aquél, del mismo modo que, a la inversa, tampoco podría rechazarse el escrito de oposición de la sociedad debidamente firmado por quien se identifica en él como representante legal mediante la consignación de sus datos personales, en

todo caso corresponderá a la sociedad acudir o no a la vía jurisdiccional correspondiente si considera perjudicados sus intereses para solventar la cuestión alegada en cuanto a la presunta falsedad de la firma del solicitante. En relación a la falta de acreditación del solicitante de su condición de socio el mismo tiene acreditada su legitimación a través de las escrituras de compraventa de participaciones sociales otorgada por don José Manuel Belda Gandía y don Salvador Pía Sanchis, la escritura de subsanación de la escritura de aumento de capital de la compañía mercantil Gráficas Reverts si y de la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales otorgada por don ….. y doña ….. cuyas fotocopias aportadas por el solicitante fueron cotejadas con los originales de las mismas en el momento de la presentación de la solicitud de Auditor y es a la sociedad a quien corresponde probar que el peticionario no es socio o han perdido su condición, (artículo 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil). La segunda cuestión de fondo que plantea este expediente es determinar cuando el nombramiento voluntario de auditor efectuado por una sociedad no obligada a la verificación de sus cuentas anuales puede enervar el derecho de un socio minoritario que, reuniendo los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, ha solicitado dicho nombramiento del Registro Mercantil. La Dirección General de los Registros y Notariado ha mantenido que para que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas pueda enervar el derecho del solicitante debe reunir una doble condición, a saber: *a)* Que el nombramiento voluntario haya sido previo a la solicitud; y *b)* Que el derecho del socio haya quedado ineludiblemente garantizado por la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, por la puesta a disposición del socio del Informe de auditoría o por su incorporación al propio expediente de nombramiento registral. Considerando las resoluciones de la Dirección General que no entenderlo así significaría convertir en regla general, en contra de la voluntad de la Ley, lo que únicamente constituye una causa de oposición y dejar en manos de la sociedad el cumplimiento de su obligación. En el caso que nos ocupa la primera condición exigida por la resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado no concurre, al presentarse junto a las alegaciones el escrito de nombramiento de Auditor con la firma legitimada notarialmente del Administrador Único con fecha 21 de enero de 2013 y la aceptación del Auditor titular y Auditor suplente con sus firmas legitimadas notarialmente respectivamente también el 21 de enero de 2013 no habiendo acreditado por tanto fehacientemente la sociedad que la fecha de su designación voluntaria se produce previamente a la petición de auditoría de fecha 11 de enero de 2013, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1227 del Código Civil los documentos que se adjuntan al escrito de oposición, como documentos privados que son, solo cuentan frente a terceros –y el socio minoritario lo es– desde el momento en que se incorporaron a un Registro Público o se entregaron a un funcionario competente por razón de su cargo artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, artículo 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado de 2-1-2003 y concordantes). Así mismo el derecho a la información contable que también asiste al socio, 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. Tampoco puede prosperar como causa enervatoria del derecho del socio la posible existencia de presuntos delitos societarios y de falsedad, ya que en ellos al no cuestionarse la titularidad del socio no puede admitirse que existe litispendencia, y por tanto, que haya de esperarse a la decisión.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Entiende que el Registrador mercantil eludió su responsabilidad al no verificar la personalidad del solicitante, ni tampoco su participación en el capital social. Finalizaba solicitando la revocación de la resolución del Registrador mercantil y el archivo del expediente de nombramiento de auditor de cuentas solicitado por el socio minoritario y se proceda a la inscripción del nombramiento de auditor realizado por 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 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005 y 14 de febrero de 2006.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones de la sociedad recurrente. En primer lugar, se ha de señalar que en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas es aplicable con carácter supletorio y en todo lo no previsto por el reglamento del Registro mercantil, la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, de tal manera que a los solicitante no les exige acreditar fehacientemente su identidad mediante 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 segundo lugar, en orden a su legitimación para solicitar y obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas, basta con que el solicitante aporte un principio de prueba por escrito para entenderla acredita, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 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 el requerido principio de prueba, del que resulta su adquisición a título de compra de un número de participaciones sociales equivalentes al 5% del capital social y además dicha participación consta en el Registro Mercantil por la inscripción de la escritura de aumento de capital social y consiguiente modificación de Estatutos sociales de 24 de noviembre de 1999. La sociedad, por su parte, se limita a señalar que el registrador mercantil debió verificar dicha participación en el capital social, olvidando que los datos que constan en el Registro Mercantil gozan de la presunción de validez y exactitud que la atribuyen los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y que es, por tanto, la sociedad la que debe acreditar que dicho porcentaje es inferior o que el socio dejó de ostentar tal condición.

3.º Por último, tampoco puede enervar la petición del socio, la auditoría voluntaria alegada por la sociedad, pues para que ello fuera posible habría tenido que reunir 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 no concurre el requisito de anterioridad pues de los documentos presentados por la sociedad, la primera fecha que consta dotada de fehaciencia es la de 21 de enero de 2013, que es la fecha de legitimación de la firma del administrador único y de aceptación del Auditor titular y Auditor suplente, no habiendo acreditado que la contratación del auditor voluntario fuese previa a la de presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario el 11 de enero de 2013, por lo que debe ser reconocido el derecho del socio al nombramiento que solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., presidente de «Gráficas Reverts S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Valencia el 25 de enero de 2013.

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

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 17 de junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IV Madrid.

Resolución de 18 de junio de 2013

En el expediente 8/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Instituto Superior de Medio Ambiente, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 24 de enero de 2013 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 «Instituto Superior de Medio Ambiente, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que se trata de una sociedad no obligada legalmente a auditar sus cuentas y que el artículo 14 de los Estatutos Sociales establece que el nombramiento de auditor compete únicamente a la Junta General a solicitud de alguno de los socios. El solicitante no lo ha propuesto, estando a la espera de que lo haga en la próxima Junta General que ya ha sido convocada para el próximo 5 de marzo de 2012. 2.º) Que siempre se ha facilitado toda la documentación fiscal y contable de la sociedad, sin que a día de hoy se hayan sometido a su aprobación las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012, lo que se hará dentro del plazo legalmente establecido para ello. En realidad lo que pretende el solicitante es presionar a la sociedad para obtener una venta beneficiosa para él de sus participaciones sociales. 3.º) Que la sociedad carece de tesorería para hacer frente al elevado costo que supone una auditoría.

III

El Registrador Mercantil número IV de Madrid, con fecha 6 de febrero de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo Las causas alegadas por la sociedad, son cuestiones ya resueltas por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Con independencia de que la sociedad entregue toda la información de la sociedad o

que el socio haya tenido acceso permanente a los estados contables y financieros, el derecho a solicitar auditor de cuentas que tienen los socios minoritarios es distinto al de información y examen de las cuentas. En efecto 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 que aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. (Res. de la D.G.R.N. 29 de enero de 2002, 6 de septiembre de 2011, 30 de enero de 2012, entre otras). Además, no se alega por la sociedad ni resulta de los archivos del Registro, que el solicitante haya ostentado cargo alguno en la sociedad, por el contrarío, según el Registro, la sociedad se rige desde el comienzo de su actividad por un administrador único, don Santiago Molina Crúzate, por lo que solo cabe reiterar la citada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La invocación de que el solicitante pretende presionar a la sociedad para que llevar a cabo una compraventa beneficiosa de sus participaciones sociales, no es causa apreciable en este expediente. Según ha establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado en diversas Resoluciones, la posible finalidad maliciosa no le priva de ejercitar su derecho pues «resulta imposible examinar en este trámite, debido a lo limitado del conocimiento que legalmente tiene atribuido, las motivaciones que llevan al socio a solicitar el nombramiento de auditor. Estas motivaciones podrán o no ser legítimas, o responder o no a un ejercicio abusivo de derecho o antisocial del mismo (artículos 6 y 7 del Código Civil), pero las determinaciones internas de la voluntad no pueden ser analizadas en este procedimiento, y no sólo porque las intenciones contrarías a la buena fe o al abuso del derecho no puedan presumirse nunca, sino porque, además, siempre queda abierta a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los daños causados» (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1999,10 de julio de 2000, 22 de junio de 2005, 3 de mayo de 2010, 8 de febrero de 2011, 2 de octubre de 2012, entre otras).

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la 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, 3 de mayo de 2009 y 19 de noviembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, como indicó el Registrador Mer-

cantil de Madrid, 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe del 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.

3.º Por último, 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 «Instituto Superior de Medio Ambiente, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número IV de Madrid 6 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IV Madrid.

Resolución de 19 de junio de 2013

En el expediente 11/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Libcom Ibérica Libsa, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, el 10 de enero de 2013 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 «Libcom Ibérica Libsa, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través del Presidente del Consejo de Administración, don …..., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a la firma auditora, Audiex Auditores Externos, S.A., entidad que ya auditó las cuentas correspondientes a los ejercicios 2010 y 2011 de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil número XIII de Madrid, a la vista del anterior escrito, requirió a la sociedad el 22 de enero de 2013 para que en el plazo de diez días aportara documentación acreditativa del nombramiento y de la aceptación del auditor debiendo, en su caso, proceder a la inscripción del nombramiento. Así lo hizo la indicada representación social aportando la documentación que, a su juicio, acreditaba el nombramiento de auditor de cuentas.

IV

Por resolución de 5 de febrero de 2013 el Registrador Mercantil número XIII de Madrid acordó desestimar la oposición de la sociedad. Tras señalar que la entidad mercantil solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad no concurren ninguna de las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, a saber: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En el caso presente, la sociedad no ha acreditado la primera de las condiciones exigidas por la Dirección general puesto que si bien es cierto que existen documentos

anteriores a la presentación de la solicitud en el Registro Mercantil, no existe fecha fehaciente del contrato de auditoría sino hasta la entrada de dichos documentos en el Registro, anexos al escrito complementario de 22 de enero de 2013, por lo que, conforme a lo dispuesto en el 1227 del Código Civil, la auditoría voluntaria no acredita la anterioridad exigida y, no cumpliéndose la primera de las condiciones, no puede enervar el derecho de la minoría 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.

VI

El 22 de marzo de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador mercantil número XIII de Madrid al que adjuntó un escrito de alegaciones del solicitante de la auditoría de cuentas, don ….., solicitando el mantenimiento de la resolución recurrida por 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 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 la primera fecha fehaciente que consta en la documentación presentada para acreditar la existencia de la auditoría de cuentas es la de 22 de enero de 2012, fecha en la que se aportaron una serie de documentos sin firmas legitimadas, junto al escrito de alegaciones contestando al requerimiento del registrador mercantil de Madrid. Por tanto, la sociedad no ha acreditado la existencia de una auditoría previa a la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas instada por el socio minoritario el 10 de enero de 2013 y, consecuentemente debe ser reconocido su derecho al nombramiento que solicitó.

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 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 ….., Presidente del Consejo de Administración de «Libcom Ibérica Libsa, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XIII de Madrid el 5 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIII de Madrid.

Resolución de 20 de junio de 2013 (1.ª)

En el expediente 12/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «El Pato y La Flor, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito el Registro Mercantil de Madrid el 24 de enero de 2013 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 «El Pato y La Flor, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante tiene pleno conocimiento de la información financiera y contable de la empresa, puesto que él ha sido el encargado de llevar la contabilidad social y de rendir cuentas, de efectuar la recaudación, de efectuar pagos, por lo que mejor que nadie conoce la situación de déficit que vive la sociedad. 2.º) Que, en realidad, la solicitud se formula con manifiesto abuso de derecho, pretendiendo exclusivamente presionar a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil número V de Madrid, con fecha 6 de febrero de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que en el solicitante concurren las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Mantuvo que no puede ser estimada la alegación social de denegar la solicitud por haber sido el solicitante el responsable de las cuentas y el encargado de la recaudación diaria y mensual del negocio, de pagar directamente a proveedores, el alquiler del local, al personal y de controlar las cuentas bancarías, etc., realizando las labores y actuaciones propias del administrador y careciendo por tanto de justificación para solicitar el nombramiento de auditor. En este sentido

sólo cabe señalar que la información y conocimiento de los datos contables de la compañía no impide el ejercicio del derecho de auditoría que reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Anteriormente, la Ley exigía 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 que, aunque complementarios, resultan distintos en su finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio. (Res. de la DGRN 29 de enero de 2002, entre otras). Si bien el solicitante ha podido ser quien ejercía las funciones de gerente, dicha alegación no pude ser tenida en cuenta como causa de oposición, primero por que según los datos obrantes en este Registro, don ….., nunca ha ostentado cargo alguno ni tiene conferido poder de representación de la sociedad, lo que tampoco hubiera enervado su derecho como socio y segundo, porque la Dirección General de los Registros y del Notariado señala que es indiferente que el escrito de petición refleje o no una causa o que ésta no sea cierta ya que en este tipo de expediente es siempre y típicamente la misma: «la inexistencia de auditoría» y así el articulo 359 del Reglamento del Registro Mercantil no exige, entre los requisitos, la existencia de causa, no siendo aplicable al caso el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil, siendo el solicitante quien decide si la auditoría es o no necesaria (Resoluciones de 5 de febrero de 1999, 28 de marzo de 2001 y 27 de noviembre de 2002). La alegación de que la solicitud efectuada tiene como objetivo presionar a los socios para conseguir un acuerdo ventajoso para salir de la sociedad, ocasionando un gasto a la sociedad al que el solicitante sabe perfectamente, no puede hacer frente, no es una cuestión apreciable en este expediente. Según ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en múltiples Resoluciones, la posible finalidad maliciosa no le priva de ejercitar su derecho, indicando que «no pueden examinarse en este procedimiento, dado lo limitado del conocimiento atribuido, las motivaciones que llevan a los socios a solicitar la auditoría, ya que si bien es cierto que éstas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercido de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el fraude ley, el abuso de derecho o su ejercicio antisocial (artículos 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» (Resoluciones de la DGRN de 14 de septiembre de 2010 y 21 de septiembre de 2012. entre otras). Por otro lado, el gasto que la auditoría puede ocasionar a la sociedad no es óbice para que el socio obtenga su derecho a la misma, pues en este sentido tanto el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Anónimas como el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, son taxativos imponiendo que la auditoría sea con cargo a la sociedad (Res. DGRN de 11 de marzo de 2009,17 de diciembre de 2010 y 21 de septiembre de 2012, 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 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 14 y 22 de octubre de 2010 y 22 de septiembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en el presente recurso ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso. En cuanto a la información y conocimiento que tiene el solicitante de la contabilidad social y de la situación deficitaria de la sociedad, se ha de recordar al recurrente la doctrina mantenida por este centro Directivo, conforme a la cual 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe de la solicitante, por el hecho de entender necesario el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, a pesar de la situación deficitaria de la sociedad, dado que este 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.* artículos 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 la situación de déficit por la que atraviesa la sociedad no puede ser obstáculo para que el socio ejercite su derecho, puesto 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 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 «El Pato y La

Flor, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número V de Madrid el 5 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número V de Madrid.

Resolución de 20 de junio de 2013 (2.ª)

En el expediente 13/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Uhagón 10, S.A.».

HECHOS

I

Don….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Vizcaya el 1 de febrero de 2013 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 «Uhagón 10, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través del Presidente y Consejero delegado del Consejo de Administración, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que no reconoce la firma de quien dice ser socio de la compañía y estar legitimado para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas. 2.º) Que el Consejo de Administración de la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas para verificar las correspondientes a los ejercicio 2011, 2012 y 2013. A dicha reunión asistió el solicitante del nombramiento de auditor de cuentas y votó a favor de dicho nombramiento, elevándose a escritura pública dicho acuerdo.

III

El Registrador Mercantil de Vizcaya, con fecha 11 de febrero de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que la legitimación del solicitante no debe exigirse rigurosamente, según doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado. En cuanto al nombramiento voluntario alegado por la sociedad, el registrador Mercantil no lo consideró suficiente para enervar el derecho del solicitante, dado que para ello sería necesario que se hubiera efectuado con anterioridad a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor y 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

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 titularidad del solicitante sobre una parte del capital social no resulta del registro, sino que se ha de probar, lo que se no ha hecho en el caso presente, por lo que la resolución recurrida está incursa en un defecto de forma. 2.º) Que existe una auditoría previa contratada por la sociedad para el ejercicio 2012 y, además, se ha presentado en el registro mercantil la prueba del encargo con la escritura de elevación a públicos de los acuerdos sociales antes de la notificación de la resolución recurrida. Dicha escritura revela que el solicitante votó a favor del acuerdo de nombramiento de auditor. 3.º) Que la resolución del registrador mercantil trae como consecuencia una duplicidad de gastos y de funciones.

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 de forma y de fondo que serán sucesivamente resueltas por la sociedad. La primera de ellas es la relativa a la insuficiente acreditación de la identidad del solicitante, dado que su instancia se presentó en el Registro Mercantil sin legitimación notarial de la firma. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido 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 Presidente y Consejero delegado de la sociedad sin que tuviera que acreditar la vigencia de su representación.

2.º Cuestión íntimamente vinculada a la anterior es la de la legitimación del solicitante. Es cierto que como indica el recurrente la participación exacta en el capital social no siempre resulta del Registro Mercantil, sin embargo ello no es óbice para entender que la sociedad debe desvirtuar el principio de prueba que este Centro Directivo exige para considerar acreditada su legitimación, pues el Reglamento del Registro Mercantil no ha querido ser riguroso con el socio a la hora de exigirla la prueba de su legitimación, permitiéndolo que aporte un principio de prueba, siendo la sociedad que la cuestiona la que debe probar que no reúne el porcentaje requerido para ejercitar el derecho a solicitar el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

En el caso presente, la invocación a los datos registrales de la sociedad ha sido suficiente para que el Registrador Mercantil comprobara que es socio de la compañía y que ostenta el porcentaje mínimo para instar el nombramiento. La sociedad, por su parte, se limita a alegar la existencia de un «defecto de forma» en la resolución registral por no hacer referencia a esta cuestión de la legitimación, olvidando que el representante de la sociedad aportó en el trámite de oposición la copia del acta de la reunión del Consejo de Administración celebrada el 28 de diciembre de 2011 en la que consta la firma de don….. como miembro del Consejo y, respecto al porcentaje de participación del 5% en el capital social, la sociedad no ha aportado ni un solo medio de prueba que desvirtuar la legitimación que el solicitante, bajo su responsabilidad, aseguró tener.

3.º Sobre la auditoría voluntaria alegada para enervar el derecho de solicitante, este Centro Directivo ha mantenido que para que ello sea posible dicha auditoría debe 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 acredita fehacientemente el acuerdo del Consejo de Administración mediante la escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales. Lo que ya no acredita es que la empresa designada haya aceptado el encargo de auditar las cuentas del ejercicio 2012 con anterioridad a la presentación de la instancia del socio minoritario. En efecto, se trata de probar que existió un contrato de auditoría, que tendrá como resultado el informe de las cuentas anuales del ejercicio 2012, siendo así que en este caso, solo se prueba que existió una designación de auditor y no un contrato de auditoría.

4.º Por último, 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 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 ….., Presidente y Consejero delegado del Consejo de Administración de «Uhagón 10, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Vizcaya el 11 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Vizcaya.

Resolución de 21 de junio de 2013 (1.ª)

En el expediente 15/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Construcciones y Reformas Viproxer, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra el 11 de enero de 2013 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular del 7,042% del capital social de «Construcciones y Reformas Viproxer, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2012. Adjuntaba a su escrito fotocopia de la escritura de compraventa de participaciones sociales, cese de administradores solidarios y nombramiento de administrador único de 4 de septiembre de 2011 ante el notario de Vigo don Mariano Vaqueiro Rumbao, número 1701 de su protocolo que motivó la inscripción 3.ª en el Registro, en virtud de la cual don ….., casado con la citada Señora ….., adquirió 490 participaciones sociales con carácter ganancial y ella misma adquirió 10 participaciones sociales también con carácter ganancial, representativas todas ellas de el 5% del capital social.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Falta de legitimación de la solicitante puesto en la actualidad existe un procedimiento judicial de liquidación de la sociedad de gananciales, en el que las partes tienen por objeto de litigio la valoración y adjudicación de las participaciones sociales, con lo cual se pretende preconstituir una prueba paralela a la peritación judicial; y 2.º) Las la solicitante fue informada de la situación contable de la compañía. Adjuntaba a su escrito copia de la Diligencia de ordenación del Procedimiento 0000075/2012 de 24 de octubre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Redondela; y copia del envío de la documentación social.

III

El Registrador Mercantil de Pontevedra, con fecha 23 de enero de 2013, acordó desestimar la oposición de la sociedad por reunir la solicitante las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige, sin que pueda prosperar la alegación de falta de legitimación formulada por la sociedad, ya que, según ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Reglamento del Registro Mercantil no ha querido ser riguroso con el socio a la hora de exigirle la acreditación formal de su condición, siendo suficiente con que aporte un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un número de acciones equivalentes, como mínimo, al 5% del capital social de la compañía y que, una vez aportado, para desvirtuar la presunción de titularidad es preciso que la sociedad pruebe, a su vez, que dicha titularidad nunca existió o se ha perdido. Se respeta así el principio de igualdad en las posiciones jurídicas de las partes en este procedimiento. En el presente caso pretende enervar el derecho de la solicitante sobre la base de un procedimiento judicial de liquidación de gananciales. Pues bien dicha alegación no puede prosperar, dado que hasta se proceda a la definitiva liquidación de la sociedad existe una comunidad ganancial sobre todos los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes por tratarse de una comunidad germánica o en mano común en la que esta vedada la facultad de disposición pero no la de gestión y administración de bienes comunes. No puede prosperar tampoco la mera alegación societaria de que se pretende precons-

tituir prueba a través de un procedimiento paralelo a la pericial judicial que supondría un coste innecesario y duplicado, puesto que –según simplemente manifiesta la sociedad en su escrito de oposición– el objeto de litigio de dicho procedimiento se refiere a la valoración y adjudicación de las participaciones sociales, y en este procedimiento registral de nombramiento de auditor, se trata de conocer, por un informe elaborado por el auditor de cuentas nombrado por el Registrador, si la contabilidad correspondiente al ejercicio 2012, refleja con claridad la verdadera situación económica 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. 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. Por lo cual, ambos procedimientos son plenamente compatibles, dado que tienen un contenido y una finalidad diferentes. (Fundamentos de Derecho: 30 de enero, 1 de marzo y 22 de agosto de 2012) La necesidad de la auditoría quien tiene que juzgarla es el socio solicitante y no la Sociedad, y ni legal ni reglamentariamente se exige para la procedencia del derecho que se justifique económicamente la solicitud (R. D.G.R.N. 13 de febrero, 11 y 30 de marzo de 2009, y 2 de septiembre de 2009). Además, el artículo 265.2 de la L. S. C. dispone de manera taxativa –sin que quepa margen interpretativo alguno– que los costes de la auditoría corren siempre a cargo de la sociedad cualquiera que sea la situación económica en la que se encuentre. (Fundamentos de Derecho: Artículo 265 L. S. C. y R. D.G.R.N. 17 y 27 de abril, 7, 16 y 28 de mayo de 2012). 3.º) Por último cabe decir que el hecho de que la solicitante de la auditoría pueda tener acceso a los documentos que sirvan de soporte y antecedente a un acuerdo de aumento de capital social –incluido el estado de situación contable de la sociedad–, o derecho de información, no impide su derecho de auditoría, ya que información y auditoría son derechos que, aunque complementarios, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio. El derecho de información está reconocido a todos los socios de entidades mercantiles, sin importar el porcentaje de su participación en el capital social, mientras que el derecho a solicitar del Registrador el nombramiento de un auditor de cuentas, solo lo tienen quienes, por sí mismos o junto con otros socios, reúnan al menos el 5% de capital social. Asimismo, la finalidad de ambos derechos es bien distinta, puesto que el primero persigue el conocimiento de la contabilidad social por los socios, mientras que la finalidad del segundo es la de conocer, mediante un informe de auditoría, si esa contabilidad elaborada por los administradores sociales refleja la realidad patrimonial y financiera de la empresa. (RDGRN, 1 de marzo, 26 y 27 de abril, 7 y 28 de mayo, 16 de julio de 2012).

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Entiende que la resolución registral incumple lo establecido en el artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas para acreditar la condición de accionista en caso de acciones al portador, una vez impresos y entregados los títulos correspondientes; y, además que, existiendo las resoluciones judiciales aportadas, el reconocimiento de la propiedad de las acciones es cuestión que solo pueden decidir los Tribunales de Justicia.

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, 27 de agosto y 28 de octubre de 2010 1 de marzo y 22 de agosto de 2012.

1.º El presente expediente plantea diversas cuestiones sobre las que este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente, siendo la primera de ellas la relativa a la legitimación de la solicitante. Sobre esta cuestión la 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 –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Es a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que la solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

En el supuesto analizado, acreditada en el expediente por la información facilitada por el Registrador Mercantil de Pontevedra (*Cf.* Hechos III) la condición de socia de la solicitante y su propiedad en régimen de gananciales sobre un número de participaciones sociales, equivalente a más del 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, tras la disolución de la sociedad de gananciales se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad post-ganancial, en tanto no se proceda a su 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.

2.º Por lo que se refiere al conocimiento exacto y puntual que la solicitante tiene sobre la situación de la empresa, se ha de señalar que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículos 196 y 197 en relación con el artículo 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 «Construcciones y Reformas Viproxer, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Pontevedra el 23 de enero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Pontevedra.

Resolución de 21 de junio de 2013 (2.ª)

En el expediente 16/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Taragel, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., el 16 de enero de 2013 presentó un escrito en el Registro mercantil de Murcia 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 «Taragel, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta no se opuso al nombramiento solicitado por el socio minoritario.

III

El Registrador Mercantil de Murcia, con fecha 6 de febrero de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que el solicitante reúne las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas.

IV

Contra dicha resolución el 1 de marzo de 2013 don ….., en su calidad de presidente del Consejo de Administración interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, resumidamente: 1.º) Que el registrador Mercantil procedió a dictar una resolución que infringe lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común y, en concreto su artículo 53, 54 y 89. 2.º) El solicitante no acredita su legitimación ni aporta ni menciona el título por el que se atribuyó la condición de socio. 3.º) Que los derechos deben ejercitarse conforme a la buena fe, sin que la ley ampare el abuso de derecho o su ejercicio antisocial. 4.º) Que la solicitud impugnada tiene por objeto causar gastos innecesarios.

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, no existen ninguno de los defectos formales que el recurrente atribuye al acuerdo del registrador mercantil, pues fue dictado por la autoridad competente: el Registrador Mercantil del domicilio social; además contiene una sucinta motivación: por reunir el solicitante las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas; y, finalmente, fue congruente con la solicitud formulada y decidió la cuestión planteada. En ella solo se advierte una omisión que es la de no citar el traslado que de la solicitud dio a la sociedad para que se opusiera y que ésta no aportó al expediente alegaciones contrarias a la petición de auditoría. Por último añadir, sobre esta cuestión que el supuesto defecto de forma que la

sociedad entiende se ha cometido, no ha originado indefensión, puesto que en esta instancia de alzada ha podido alegar todas las cuestiones que, a su entender, deben impedir el nombramiento de auditor solicitado, siendo todas ellas resueltas en esta resolución.

2.º Sobre la falta de legitimación que la sociedad alega debe advertirse que, respecto del solicitante, ésta deriva de los datos registrales que constan en la hoja abierta a la sociedad, de los que se infiere que reúne un porcentaje de capital social equivalente al 5% legalmente exigido y que, asimismo, presentó dentro del plazo de tres meses su solicitud de nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil. Por si esto fuera poco, de la copia de escritura adjunta al escrito de interposición del recurso de alzada resulta que el solicitante es socio y titular de un número de participaciones equivalentes al 24'50% de capital social.

3.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe del peticionario, por el hecho de entender necesaria la auditoría, dado que este Centro Directivo ha mantenido 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.* artículos 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, 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 y perjudiciales, 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 ….., Presidente del Consejo de Administración de «Taragel, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Murcia el 6 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Murcia.

Resolución de 21 de junio de 2013 (3.ª)

En el expediente 17/13 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Texcur Fashion And Leather Products, S.L.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 16 de enero de 2013 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil como titular del 5% del capital social de «Texcur Fashion And Leather Products, S.L. L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador y su representante, don …… y don …..., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Falta de legitimación del peticionario por solicitar la auditoría con manifiesto abuso de derecho y fraude ley, al entender que el Sr. ….. está en fase de dejar de ser socio-trabajador de la empresa al tener en venta sus participaciones, el cual comunicó dicha voluntad de venta y manifestó que causaba baja voluntaria como trabajador de la empresa. No obstante, dichas participaciones todavía no han sido transmitidas ante la falta de acuerdo entre las partes sobre el valor de las mismas, por lo que de conformidad con el artículo 10 de los Estatutos de la sociedad, su valor se determinará por un auditor designado por los administradores. 2.º) La sociedad carece de recursos para afrontar los gastos de auditoría, dada actual crisis económica coyuntural y propia de su sector y actividad. No es de aplicación el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas porque ese precepto esta derogado por la Ley de Sociedades de Capital y porque en ningún caso se le niega al solicitante ningún derecho ni se le impide conocer la información y estado de la empresa y valor de las participaciones.

III

El Registrador Mercantil número VIII de Barcelona, con fecha 1 de febrero de 2013, 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 pre-

sentar en el Registro su petición de nombramiento de auditor. No puede prosperar la alegación relativa a la supuesta falta de legitimación del solicitante pues, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado (pueden verse Resoluciones de fechas 16 de febrero y 7 de abril de 2009 y 12 de mayo de 2010, entre otras), para entenderla acreditada es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –articulo 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 articulo 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 suficiente que demuestre que el socio minoritario 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 que nos ocupa la prueba de la legitimación del socio solicitante deriva de los propios datos registrales, es por ello que: 1.º) Ningún sentido ni interés tiene aportar al Registro Mercantil un documento que ya esta inscrito en el mismo, como son las escrituras de constitución y aumento de capital de la sociedad. 2.º) De conformidad con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado deben reputarse como principio de prueba por escrito los asientos del Registro –artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil–, además de la declaración del socio solicitante, bajo su responsabilidad, de ostentar, la titularidad de mas del 5% del capital social de la referida mercantil, no siendo taxativos los medios que pueda utilizar el mismo para fundamentar su legitimación. La sociedad por su parte no ha aportado prueba alguna demostrativa de que hubiera perdido su condición de socio o la participación que alega en el capital social, es mas, se limita a manifestar en su escrito de oposición que el Sr. ....., esta en fase de dejar de ser socio-trabajador de la empresa sin que, por el momento, haya transmitido sus participaciones. En consecuencia, debe señalarse que la extinción de la relación laboral no es bastante a los efectos de la pérdida de legitimación, puesto que solo implica el nacimiento, para el hasta entonces socio trabajador, de la obligación de ofrecer sus participaciones a quienes tuvieran derecho preferente de adquisición sobre las mismas y, mientras no sea ejercitado dicho derecho, sigue conservando su condición de socio y, en consecuencia, el derecho a solicitar y que le sea reconocido su derecho al nombramiento registral de auditores (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 3 de septiembre de 2002, 3 de diciembre de 2004 y 31 de enero de 2008, entre otras) y, además, el peticionario de la auditoría ya ha demostrado, al menos, que fue socio y, bajo su responsabilidad, que sigue siéndolo en la actualidad. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar –y no lo ha hecho– que el socio minoritario ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que está legitimado para solicitar la auditoría (pueden verse al respecto Resoluciones del citado Centro Directivo de fechas 2 y 12 de junio de 2009 y 3 de mayo de 2010, entre otras). Tampoco son causas de oposición que enerven el derecho del socio a solicitar el nombramiento de auditor. En primer lugar, en cuanto a que la auditoría se solicita con manifiesto abuso de derecho y fraude ley, debe precisarse que existe abundantísima doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalando que resulta imposible analizar en este tramite, 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 (articulo 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 quedara expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (articulo 1.902 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). En segundo lugar, en relación a que no habiéndose llegado a un acuerdo entre las partes en cuanto al valor de las participaciones del solicitante, la sociedad se ha puesto en contacto con el auditor de cuentas Sr. Tusal para que lleve a cabo dicha auditoría, debe señalarse que no puede aceptarse como auditoría para verificar las cuentas anuales –que es lo que el socio minoritario solicita– una auditoría distinta que realice un auditor designado por la sociedad para determinar el valor de las participaciones (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 3 de septiembre de 2002 y 20 de enero de 2009).

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, 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 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 Niega la sociedad la legitimación del solicitante por entender que, una vez perdida su condición de trabajador de la empresa, cesó también en su condición de socio 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 social, puesto que solo implica el nacimiento, para el hasta entonces socio trabajador, de la obligación de ofrecer sus participaciones a quienes tuvieran derecho preferente de adquisición sobre las mismas y, mientras no sea ejercitado dicho derecho y siga conservando su condición de socio y, en consecuencia, el derecho a

solicitar y que le sea reconocido su derecho al nombramiento registral de auditores.

Además de lo anterior, no ha de olvidarse que existe un momento procedimental concreto para valorar si el solicitante ostenta o no las condiciones exigidas para solicitar el nombramiento de auditor que es el de la presentación de la solicitud en el Registro mercantil, siendo así que en ese momento reunía el requisito de capital exigido por la ley.

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.* artículos 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, respecto a 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 ….., administrador único de «Texcur Fashion And Leather Products, S.L. L.», contra la resolución dictada por el Registrador a Mercantil de Pontevedra el 1 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VII de Barcelona.

Resolución de 24 de junio de 2013 (1.ª)

En el expediente 18/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Park Smart Solution, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….., en su propio nombre y derecho, y doña ….., en nombre y representación de don ….., presentaron el 16 de enero de 2013 un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona 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 «Park Smart Solution, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su administradora única doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que los solicitantes enumeran en su instancia una serie de motivos que, según su criterio, justifican su solicitud, entre los que se encuentran gravísimas acusaciones relativas a presuntos comportamientos de varios de los socios. La investigación de dichas conductas debería llevarse a cabo, en su caso, a través de un procedimiento civil o penal, incoado por los propios socios, si fuera cierto que disponen de indicios sobre las mismas, dado que una auditoría de cuentas no ofrecería como resultado la obtención de pruebas o indicios relativos a dichas conductas. 2.º) Que los socios solicitantes del nombramiento de auditor están desarrollando desde hace meses una estrategia de presión sobre el resto de socios con el objetivo de forzar la venta de sus participaciones sociales, a la vez que no quieren seguir aportando fondos a la sociedad que son imprescindibles para garantizar la viabilidad de «Park Smart Solutions, S.L.», ni ver su participación diluida. 3.º) Que la Junta General celebrada el día 15 de enero de 2013, se aprobó un acuerdo de aumento de capital, estando el Acta correspondiente pendiente de emisión, siendo así que los solicitantes votaron a favor de dicho acuerdo pero no desembolsaron sus participaciones sociales. 4.º) Que la difícil situación económica de la sociedad está siendo utilizada por los Sres. ….. y ….. para incrementar su estrategia de presión, con la solicitud de una auditoría que no sólo resulta absolutamente innecesaria para una sociedad que todavía no dispone de un producto acabado ni ha generado ingresos por venta de productos, sino que, además, constituye un gasto que puede por acabar de desestabilizar la difícil situación económica de la compañía.

III

El Registrador Mercantil número XI de Barcelona, con fecha 4 de febrero de 2013 acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. En relación con la legitimación de los solicitantes mantuvo que Dirección General de los Registros y del Notariado ha entendido suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el

Reglamento del Registro Mercantil –artículo 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 suficiente que demuestre que el socio minoritario 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 (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). En el presente expediente, la legitimación de los socios solicitantes deriva de los propios datos regístrales –artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, de la Hoja abierta en este Registro a nombre de la sociedad «Park Smart Solutions, S.L.», se desprende que, en el acto de constitución, don ….., don …..., y don ….., asumieron y se les adjudicaron, en junto, un número de participaciones sociales representativas del 14,01% del capital social de la citada compañía, además de la declaración de los socios solicitantes, bajo su responsabilidad, que a la fecha de la solicitud continúan siendo titulares, en junto, de más del 5% del capital social de la referida mercantil. Si bien es cierto que la sociedad ha tratado de desvirtuar dicho principio de prueba alegando que los solicitantes ostentan un porcentaje conjunto de un 1,59% del capital social tras la ampliación de capital social acordada por la Junta General Extraordinaria de fecha 15 de enero de 2013, sin embargo no se ha acreditado la presentación de dicho acuerdo en este Registro Mercantil para su inscripción. Por consiguiente, se plantea la cuestión de si un aumento de capital acordado con anterioridad a la solicitud de nombramiento de auditor y 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 a la cuestión planteada ha de ser negativa teniendo en cuenta que tanto el artículo 19.2 del Código de Comercio, como el artículo 315 de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 165 del Reglamento del Registro Mercantil exigen para los acuerdos de ampliación o de reducción de capital social las mismas formalidades que para las modificaciones estatuarias, esto es, inscripción de la escritura de ampliación o reducción en el Registro Mercantil para que pueda surtir efectos frente a terceros, de forma que el Registrador solo puede tener en cuenta el capital social inscrito para declarar la procedencia del nombramiento solicitado. En el caso que nos ocupa, ha quedado acreditado que en el momento de la presentación de la instancia por parte de los socios minoritarios solicitando el nombramiento registral de auditor, que es el que se ha de tener en cuenta para apreciar si éstos reúnen o no los requisitos de capital y tiempo exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad no había presentado en el Registro Mercantil para su inscripción la escritura pública de aumento de capital social. Por lo que no cabe más que declarar que para el Registro los solicitantes, como titulares de más del cinco por ciento del capital social están legitimados para solicitar y obtener el nombramiento registral de auditor. (Pueden verse en este sentido Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 22 de abril, 18 y 22 de junio de 2010). Sobre las demás causas de oposición alegadas por la sociedad, mantuvo que debían ser rechazadas,, ya que no son causas que enerven el derecho a solicitar el nombramiento de auditor por un socio que reúne los requisitos de capital y tiempo exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. En efecto, la sociedad alega que los motivos descritos por los solicitantes en el escrito de solicitud justificativos de su petición de nombramiento de auditor, deberían investigarse, en su caso, mediante un procedimiento civil o penal, dado que la auditoría no ofrecería como resultado la obtención de pruebas o indicios relativos a dichas conductas; al respecto debe señalarse que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que, 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 (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección Genera) de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio y 7 de octubre de 2010, entre otras). Respecto a la manifestación relativa a que los solicitantes están utilizando la situación delicada en que se encuentra la sociedad, para ejercer presión al resto de socios con el objeto de forzar la venta de sus participaciones sociales, debe precisarse que existe abundantísima doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalando 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 (artículo 7 del Código Civil) y no ampara, por el contrarío, 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 sólo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (artículo 1.902 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) A mayor abundamiento, en cuanto a la difícil situación económica que atraviesa la sociedad, hay que señalar que en el presente expediente, los solicitantes han optado por ejercer el derecho que les concede el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y lo que el legislador ha querido, y así lo señala expresamente el citado artículo 265.2, sin que quepa margen interpretativo alguno, es 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).

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General esgrimiendo los mismos argumentos que en su escrito de oposición y que en consecuencia se dan por reproducidos en la presente instancia, sin necesidad de reiteración. Insistió en su argumento de falta de legitimación de los solicitantes, debido al aumento de capital social acordado por la sociedad, pues dejó su participación reducida por debajo del 5% exigido para el ejercicio del 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 Resolu-

ciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de julio de 1994, 6 de septiembre de 2001, 3 de enero de 2003, 4 de junio de 2005, 16 de diciembre de 2006, 22 de abril de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Barcelona que no hace sino reiterar la doctrina mantenida por este Centro Directivo. En efecto, sobre la cuestión relativa a la falta de legitimación de los solicitantes que la sociedad alega, se ha de recordar al recurrente que tanto el artículo 19.2 del Código de Comercio, como el artículo 315 de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 165 del Reglamento del Registro Mercantil exigen para los acuerdos de ampliación o de reducción de capital social las mismas formalidades que para las modificaciones estatuarias, es decir, elevación del acuerdo a escritura pública e inscripción de la escritura de ampliación o reducción en el Registro Mercantil para que pueda surtir efectos frente a terceros, de forma que el Registrador solo puede tener en cuenta el capital social inscrito para declarar la procedencia del nombramiento solicitado. Como quiera que la legitimación de los solicitantes de la auditoría viene referida, precisamente, a un momento concreto del procedimiento que es el de la presentación de la instancia en el Registro Mercantil, siendo así que en ese momento la escritura de aumento de capital no se había presentado en el Registro para su inscripción, no cabe más que concluir que para el Registro los solicitantes, como titulares de más del cinco por ciento del capital social, estaban legitimados para solicitar y obtener el nombramiento registral de auditor.

2.º Sobre la expresión inadecuada de la causa de la solicitud, este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente 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– 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 solicitud del art. 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 art. 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 art. 350 del mismo cuerpo legal que queda enlazado con otro supuesto que es el del art. 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, completamente diferente al número 2 del mismo artículo.

3.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe de los solicitantes, por el hecho de entender necesaria la auditoría, en contra de la opinión mayoritaria de la sociedad, dado que el limitado ámbito de conocimiento que el Reglamento del Registro Mercantil atribuye 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.* artículos 6 y 7

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

4.º Por último, en cuanto a los costes de la auditoría 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 doña ….., administradora única de «Park Smart Solution, S.L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XI de Barcelona el 4 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XI de Barcelona.

Resolución de 24 de junio de 2013 (2.ª)

En el expediente 19/2013 sobre nombramiento de auditor para la determinación del valor razonable de las participaciones de «Pastor Fornes, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de don …..,. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 22 de enero de 2013, manifestando que es socio de la entidad mercantil «Pastor Fornes S.L.» y titular de 20 participaciones sociales. Alegó que el pasado día 14 de febrero de 2012, la sociedad, con base en el artículo 350 de la Ley de Sociedades de Capital, adoptó el acuerdo de exclusión del solicitante de la compañía, siendo así que, unilateralmente, también adoptó el acuerdo de nombrar auditor de cuentas para determinar el valor aproximado

de sus participaciones sociales, hecho que no fue aceptado por el socio excluido. En razón de lo expuesto solicitó el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil.

II

La sociedad a través de su administradora única, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que el acuerdo de exclusión fue acordado en Junta celebrada el 23 de noviembre de 2011, y no el 14 de Diciembre de 2012 como sustenta el socio peticionario. El socio instante del expediente don ….., solicito el 14 de enero de 2012, nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2011 al Registro Mercantil de Alicante, que motivó la apertura del expediente 10/12 de ese Registro, del cual resultó nombrado auditor para tal ejercicio don….., quien con fecha 2 de Julio de 2012, emitió informe de auditoría. 2.º) Que el citado socio tiene impugnada la Junta que aprobó las cuentas correspondientes al ejercicio 2011. 3.º) Que el socio actúa de mala fe pues precisamente fue cesado como administrador por su actitud desleal frente a la sociedad y que la valoración que solicita el citado señor ya fue realizada por el auditor de cuentas designado por el Registrador Mercantil de Alicante, en virtud del expediente antes citado, con fecha 25 de noviembre de 2012, acompañando copia del mismo, no siendo por tanto procedente otro nuevo nombramiento, ya que el informe ha sido realizado por auditor designado por el Registro, independiente por tanto de la sociedad, tal como exige el Artículo 353 de la Ley de Sociedades de capital.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 7 de febrero de 2012, resolvió desestimar la solicitud. Mantuvo que el Artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, establece en su apartado 1, que a falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable, 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. La ratio del art. 353 LSC es que si existe conflicto entre la sociedad y los socios, a la hora de establecer los criterios o procedimientos de valoración para las acciones o participaciones de que es titular el socio excluido, sea un auditor de cuentas designado por el Registrador Mercantil del domicilio social el que realice tal valoración. Del contenido de los libros del Registro resulta que la sociedad según consta en la inscripción 5a de la hoja número A-30846, abierta en éste Registro a la misma, tiene nombrado auditor de cuentas para el ejercicio 2011, a don ….. Dicho nombramiento fue inscrito el 18 de mayo de 2011 en virtud de Resolución del Registrador Mercantil de Alicante II, dimanante del expediente 10/12 seguido a instancia del socio don ….., haciendo uso del derecho que le concede el art. 265.2 LSG. En el caso que nos ocupa, la Sociedad afectada se opone al nombramiento solicitado por las razones anteriormente detalladas en el punto 3 del apartado Hechos. De los documentos aportados, resulta que el procedimiento de exclusión se inició en la Junta celebrada el 23 de noviembre de 2011, tal como reconoce el propio representante del socio peticionario en el acta de 4 de diciembre de 2012, cuando en el punto relativo a la exclusión de socio y en una de sus manifestaciones, hace constar textualmente: manifestando.... «que el acuerdo está adoptado en Junta de 23 de Noviembre de 2011». En dicha Junta se acordó el inicio de la acción legal de responsabilidad contra el socio don ….. y se inició el procedimiento de exclusión del mismo. Así pues una vez determinada la fecha, el ejercicio a auditar para la valoración de las participaciones será el de 2011. Dado que la sociedad para dicho ejercicio y a instancia del propio socio excluido tiene nombrado por el Registrador Mercantil

de Alicante II, un auditor de cuentas, por razones de economía procesal y dada la circunstancia de que el auditor designado lo fue por el Registrador Mercantil del domicilio social, conforme exige el art. 353.1 de la Ley de Sociedades de capital, procede admitir la oposición de la sociedad. Igualmente y por lo que respecta a la mala fe del solicitante en cuestión no puede apreciarse en el marco de un procedimiento registral de designación de auditores, sin perjuicio del ejercicio por la sociedad de cuantas acciones estime pertinentes ante los Tribunales ordinarios de justicia para reclamar los perjuicios económicos que se le hayan ocasionado por mala o fe o ejercicio abusivo de un derecho, como tiene reiteradamente reconocido la D.G.R.N. por lo cual no se admite tal causa de oposición.

IV

Contra dicha resolución don ….., en nombre y representación de don ….., interpuso recurso de alzada contra la anterior resolución alegando: 1.º) Que la designación pe auditor por el registro mercantil en fecha 02/05/2012 lo fue para auditar exclusivamente las cuentas anuales del ejercicio 2011, auditadas las cuentas se dio por cumplido el objeto de su nombramiento. 2.º) Que acabada la labor de auditoría del auditor designado por el registro mercantil Sr. ….. se produce la impugnación de su actuación auditora ante el juzgado de lo mercantil y ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, habida cuenta de los importantes defectos que presenta la labor de auditoría de la cuentas del ejercicio 2011 elaborada por el auditor don ….. 3.º) Que, asimismo, por parte de don ….., se presentó en fecha 30/07/2012 demanda de impugnación de los acuerdos sociales de la mercantil «Pastor Fornes, S.L.», que se tramita ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante con el n ° 596/2012 de autos. 4.º) Que la sociedad designó unilateralmente a don ….., para valorar las participaciones sociales y lo nombra, además, auditor de la empresa para los años siguientes. Así, con fecha 14/12/2012 se celebra Junta Extraordinaria de socios, en la cual, por encargo de sociedad, el Auditor don ….. presenta un denominado «Informe pericial» sobre valoración de participaciones de la sociedad de referencia, de fecha 22/11/2012. 5.º) Que, habida cuenta, de que en dicha Junta de socios se acuerda de manera definitiva la exclusión del socio don ….., su representante preguntó cuál es el mecanismo que se va a seguir para valorar sus participaciones sociales: «A continuación pregunta el Sr. ….. por el mecanismo que se está siguiendo; toma la palabra el Sr. ….. para responder que ya se han valorado las participaciones sociales. Concluye señalando la administradora doña ….. que se ofrecerá dicho valor y, si no es aceptado se consignará en el plazo marcado por la Ley». 6.º) Que es evidente que se ha producido en fecha 14/12/2012 el desacuerdo entre las partes sobre la persona que debe de valorar dichas participaciones sociales, el procedimiento a emplear y el sobre precio, de forma que se solicitó en fecha 22/01/2013 del Registro Mercantil nombramiento de auditor independiente de conformidad art. 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 350 y 353 de la Ley de Sociedades de Capital 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de enero de 2005, 2 de diciembre de 2009.

1.º El presente expediente plantea, como cuestión previa, la relativa a la distinta función que cumple la auditoría de las cuentas anuales de un determinado ejercicio económico, en este caso solicitada por uno de los socios de la entidad mercantil de referencia sobre la base del derecho que le reconoce el artículo 265. 2 de la Ley de Sociedades de Capital, cuya finalidad es la realizar un informe sobre si las cuentas anuales reflejan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad y la que cumple la auditoría que tiene por objeto la determinación del valor aproximado de las acciones o participaciones sociales, la cual es muy distinta de la primera.

Dado que ambas auditorías tienen una finalidad y un contenido diferente, no caben solapamientos de una y otra, ya que son plenamente compatibles, así el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil regula la posibilidad de solicitar por el interesado el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil del domicilio social para la determinación del valor real de las acciones o participaciones en los casos establecidos en la ley, solicitud que se tramitará por el procedimiento previsto en el artículo 350 del mismo cuerpo reglamentario. Dicha auditoría es distinta a la pueden solicitar los socios que reúnan las condiciones de legitimación y tiempo previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que también habrá de tramitarse, por indicación expresa de este artículo, por el mismo procedimiento regulado en el artículo 350 del citado cuerpo reglamentario. En definitiva, si concurren alguno de los casos establecidos en la ley, los mismos socios pueden solicitar dos auditorías con finalidades distintas, sin que ello autorice al Registrador Mercantil a entender que, nombrado por él un auditor de cuentas con un determinado encargo, es este auditor el que debe atender el segundo encargo porque no tiene ningún mandato para ello, al menos del Registrador Mercantil.

2.ª En el caso presente, la solicitud de don ….., en nombre y representación de don ….., se formuló para que el Registrador Mercantil de Alicante procediera a designar auditor de cuentas que determinara el valor aproximado de sus participaciones sociales en la compañía y el Registrador debió proceder, conforme a lo preceptuado en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil, a examinar si concurría o no alguno de los «casos establecidos en la ley». A tal efecto, poco ha de importar que el acuerdo de exclusión se adoptara en la Junta General de la compañía celebrada el 23 de noviembre de 2011, puesto que queda patente por la documentación aportada por la sociedad y también por la que consta en el Registro Mercantil que dicho acuerdo había iniciado un proceso para cuya culminación debían realizarse determinadas actuaciones previstas en el artículo 353 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital que no se realizaron.

Como también resulta del expediente y del propio acuerdo del Registrador Mercantil recurrido, el nombramiento registral del auditor de cuentas aceptado por don ….., tuvo la finalidad verificar la contabilidad anual de la compañía cerrada a 31 de diciembre de 2011, verificación instada por la minoría

social en el ejercicio del derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por tanto, constando también la existencia de un acuerdo de exclusión social y la disconformidad del socio y la sociedad sobre la persona o personas que hayan de valorar las participaciones sociales del solicitante y sobre el procedimiento a seguir para su valoración, debe declararse la procedencia del nombramiento de auditor solicitado que, una vez designado por el procedimiento previsto en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil y aceptado por éste el encargo, emitirá su informe en el plazo previsto en el artículo 354 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar, en los términos que resultan de esta resolución, el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de don ….., solicitante del nombramiento registral de auditor para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales en «Pastor Fornes S.L.», contra la decisión adoptada por el Registrador Mercantil número II de Alicante el 7 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número II de Alicante.

Resolución de 24 de junio de 2013 (3.ª)

En el expediente 20/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Karlizan, S.L., en liquidación».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 16 de enero de 2013 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capitales y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil como titular de más del 51% del capital

social de «Karlizan, S.L.», en liquidación», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de sus liquidadores mancomunados, don ….. y don …..., se opusieron a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que los liquidadores se encuentran realizando gestiones con diversos auditores para conseguir el mejor precio posible de la auditoría de cuentas y del informe de gestión del ejercicio 2012. 2.º) Que la sociedad se ha disuelto definitivamente por falta de ingresos, sin que pueda hacer frente a ningún gasto extraordinario que puedan surgir.

III

El Registrador Mercantil número XIV de Madrid, con fecha 22 de febrero de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, dado que el Registrador Mercantil solo puede designar el auditor de cuentas solicitado por la minoría conforme al procedimiento previsto y reglado en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil. En cuanto a la falta de liquidez de la sociedad para hacer frente al coste de la auditoría, 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.

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, 20 de mayo y 30 de junio de 2010.

1.º Como cuestión previa se ha de recordar al recurrente que aunque la sociedad se encuentre en situación de liquidación, es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– que es posible ejercitar el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades 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 Sobre la primera cuestión planteada por la sociedad, relativa a sus dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, también se ha pronunciado este Centro Directivo manteniendo al respecto 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 aunque ésta se encuentre en fase de liquidación, no puede impedir el ejercicio del derecho del socio minoritario a la verificación contable del ejercicio 2012.

3.º Por último, en cuanto a la petición de la sociedad de que el auditor sea libremente designado por los liquidadores mancomunados, se ha de insistir en que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital solo prevé que el auditor solicitado por los socios minoritarios sea nombrado por el Registrador Mercantil, no por la sociedad y, además, debe ser nombrado por el procedimiento reglado previsto en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….. y don ….., liquidadores mancomunados de «Karlizan, S.L., en liquidación», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XIV de Madrid de 22 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIV de Madrid.

Resolución de 24 de junio de 2013 (4.ª)

En el expediente 28/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «El Salto de Tenerife, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. y doña ….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife el 28 de enero de 2013 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 «El Salto de Tenerife, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ….. y don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el Registro Mercantil les comunicó la presentación de una solicitud de auditoría realizada por «Hunuman Invesment, S.L.» que no es propietaria de ninguna participación de la sociedad. 2.º) Que los Administradores mancomunados de la sociedad han procedido a nombrar voluntariamente como auditor de cuentas a la empresa Peraza y Compañía, Auditores SRCP para los ejercicios 2011, 2012 y 2013. Adjuntó a su escrito la certificación de los administradores, con firmas legitimadas y también certificado de la empresa auditora aceptando el encargo, con firma legitimada ante notario.

III

El Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 20 de febrero de 2013, tras señalar que el solicitante reunía las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. En cuanto a la alegación formulada de que la entidad «Hunuman Invesment, S.L.», no es socia de ninguna participación de la sociedad, este error fue subsanado mediante una nueva notificación de la instancia por correo certificado el 11 de febrero de 2013. En cuanto a la alegación de la sociedad formulada consistente en que tiene nombrado un auditor de cuentas, para los ejercicios 2011, 2012 y 2013, según acuerdo de los Administradores Mancomunados de fecha 28 de diciembre de 2012, a pesar que la Sociedad no está obligada a auditor sus Cuentas Anuales, sino que lo hace voluntariamente, en cumplimiento de lo acordado en la Junta General Ordinaria de fecha 20 de diciembre de 2012 celebrada ante notario, según se acredita mediante certificación expedida por ambos administradores mancomunados, se requeriría para que prosperase la acreditación de la aceptación (con la fecha fehaciente que exige el articulo 1227 del Código civil) por la entidad auditora con anterioridad a la presentación en este Registro de la instancia de los socios minoritarios, o bien la inscripción previa de tal nombramiento, como exigen reiteradamente las resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado en la que se indica que: «es doctrina ya consolidada y reiteradamente expuesta, para que la sociedad pueda efectivamente enervar la petición del socio minoritario, deben cumplirse las dos siguientes condiciones: *a)* El nombramiento societario y correlativa aceptación anterior a la presentación de la instancia del socio minoritario; y *b)* La existencia de auditor inscrito en el Registro Mercantil, o que esté designado y el informe incorporado al expediente, o puesto a disposición de los socios peticionarios. En cuanto al cumplimiento de esta condición, no aparece satisfecha». Resolución DRGN de 22 de enero de 2004 y 27 de marzo de 2006.

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. Añadió que en la Junta general, celebrada el 20 de diciembre de 2012, el Presidente ya indicó que se iba a proceder a la designación de auditores de cuentas, sin que las solicitantes hicieran ninguna oposición, teniendo pleno conocimiento de la designación realizada por los administradores.

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 acreditado que la aceptación del auditor de cuentas designado por los administradores fuese previa a la petición del socio minoritario, presentada en el Registro Mercantil el 28 de enero de 2013. Tampoco ha garantizado el derecho de las solicitantes al informe de auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2012, dado que no ha procedido a la inscripción del nombramiento, ni a la incorporación de dicho informe al expediente ni tampoco se lo ha facilitado a las socia minoritarias, por lo que se ha de concluir que, al menos para el ejercicio 2012, la sociedad no ha enervado el derecho de las peticionarias.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….. y don ….., administradores mancomunados de «El Salto de Tenerife, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife el 11 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife.

Resolución de 25 de junio de 2013 (1.ª)

En el expediente 21/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Diario Jaén, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro– Mercantil de Jaén el 11 de enero de 2013 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 «Diario Jaén, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable, puesto que puede presentar en el Registro Mercantil las cuentas anuales de forma abreviada y, a pesar de ello, la administración de sociedad, ha procedido a convocar a la Junta General para que proceda al nombramiento de un auditor de cuentas. 2.º) Que el solicitante ha sido Directo General, Consejero delegado y Vicepresidente de la empresa hasta hace pocos días. 3.º) Que la sociedad es una empresa del «Grupo Alfonso Gallardo» que nombra como auditor de las cuentas anuales del Grupo a la firma «Ernst & Young, S.L.». Finalizaba solicitando que en caso de estimar la solicitud de socio, el Registrador Mercantil nombrara a esta misma firma auditora.

III

El Registrador Mercantil de Jaén, con fecha 8 de febrero de 2013, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Mantuvo que, en primer lugar, en cuanto a que la sociedad no está obligada a someter sus cuentas anuales a verificación, ya que formula balance abreviado, es doctrina reiterada le Dirección General de los Registros y del Notariado que es precisamente a este tipo de sociedades, las que no están obligadas a auditarse, a las que va dirigido el procedimiento regulado en el artículo 264.2 de la Ley de Sociedades de Capital –antiguo artículo 204.2 de la Ley de Sociedades Anónimas–. En cuanto a la mención al plazo del articulo 2 64.1 del Texto Refundido da la Ley de Sociedades de Capital, debe hacerse constar la confusión en que incurre el escrito de oposición, puesto que el plazo al que se refiere dicho precepto es el plazo de duración de la auditoría, mínimo de tres años en las sociedades obligadas a auditarse, según resulta igualmente del artículo 19 de la Ley de Auditoría de Cuentas. Lo que quiere decir, por tanto, el artículo es que, si la sociedad, de forma voluntaria, decide designar auditor, podrá hacerlo por un plazo inferior a los tres años, porque no tiene obligación de someter sus cuentas a auditoría, según resulta igualmente del artículo 19 de la Ley de Auditoría de Cuentas. Por lo que se refiere a la decisión del órgano de administración de convocar Junta para aprobar el nombramiento de un Auditor de cuentas, debe decirse que tal convocatoria no puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento por el Registro Mercantil, en primer lugar, porque puede que la Junta General no apruebe el nombramiento, y bastaría con ello para dejar sin eficacia el derecho del artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, conforme a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de marzo de 2003, y, en segundo lugar, porque no se cumplen los requisitos que para enervar el derecho citado exigen la Ley y la doctrina de la citada Dirección General, a saber: *a)* que el nombramiento voluntario por la sociedad se haya presentado con anterioridad a la solicitud del socio minoritario; *b)* que se haya garantizado al socio el derecho a la auditoría, mediante la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, la entrega del Informe al socio, o la incorporación del Informe al Expediente registral. Ninguno de los requisitos se cumple, por lo que tal motivo de oposición debe desestimarse. Resoluciones de 31 de Octubre, 14 de noviembre y 16 de Diciembre de 2009. La situación económica de la sociedad es una cuestión intrascendente a efectos de este tipo de procedimientos, según declara la doctrina de la Dirección General de

los Registros y del Notariado. La condición de Director general, circunstancia que no resulta del Registro, ya que sólo tiene conferido a su favor un poder, más o menos amplio, así como de Consejero y Vicepresidente del Consejo, tampoco son obstáculo para el ejercicio del derecho por el socio minoritario, porque para ello sería preciso que tuviera en exclusiva la efectiva gestión de la sociedad, lo que no ocurre en este caso, porque el Consejo actúa de forma colegiada y sólo su condición de Consejero Delegado –cualidad de que no ostenta– le facultaría para ello. Finalmente, la solicitud de que subsidiariamente se designe por el Registrador Mercantil como Auditor a la entidad «Ernst and Young, SL«, debe ser denegada.

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 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 Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Jaén que siendo ajustada a derecho no ha sido desvirtuada por ninguna de las alegaciones de la sociedad. En efecto, el presupuesto de hecho previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es que la sociedad afectada por la solicitud del socio minoritario no esté obligada a la verificación contable por no alcanzar durante dos ejercicios consecutivos dos de los límites previsto en los artículos 257 y 258 de la ley de Sociedades de Capital y, consecuentemente, poder presentar sus cuentas en forma abreviada.

2.º Tampoco la próxima convocatoria de una Junta General para acordar el nombramiento de un auditor de cuentas puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento por el Registrador Mercantil, dado que, para que ello fuera posible, en dicha auditoría voluntaria habrían de concurrir las dos condiciones que citó el Registrador Mercantil y que son las 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. Obviamente, en este

caso, lo único que queda acreditado es que el contrato de auditoría sería muy posterior a la solicitud del socio minoritario.

3.º El hecho de que la sociedad pertenezca a un Grupo consolidado de empresas, tampoco puede enervar el derecho del solicitante, pues las cuentas consolidadas del Grupo son distintas a las cuentas individuales que cada sociedad que forme parte de él debe presentar en el Registro Mercantil para su depósito, siendo así que en este ejercicio la sociedad ha devenido obligada a presentarlas verificadas por un auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil, conforme al procedimiento reglado del artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil.

4.º Por último, como indicó el Registrador Mercantil, poco ha de importar para que prospere la petición del socio minoritario el que haya sido gerente, apoderado o incluso miembro del Consejo de Administración pues, además de que estas circunstancias no consta en el Registro Mercantil, este Centro Directivo ha mantenido que el hecho de que el socio minoritario ostente la condición de administrador social no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, propietario de un porcentaje de capital social no inferior al 5%. Esto solo ocurriría si durante el ejercicio económico para el que solicita la auditoría hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales –lo que no es el caso– o hubiera ostentado la administración solidaria, porque en este último caso, habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de «Diario Jaén, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Jaén de 8 febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Jaén.

Resolución de 25 de junio de 2013 (2.ª)

En el expediente 23/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Micas 2000, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de doña….. y doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil Madrid el 12 de enero de 2012 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 «Micas 2000, S. L«, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. Aportaba escrituras de adjudicación y aceptación de herencia, y certificado emitido por la sociedad.

II

La sociedad, a través de doña ….. y don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, falta de legitimación de los solicitantes, al estar pendiente de reparto la herencia del socio fallecido, en la cual basan su solicitud, debiendo adoptarse cualquier decisión al respecto por todos los herederos conjuntamente.

III

El Registrador Mercantil número XII de Madrid, con fecha 7 de marzo de 2013, acordó estimar la solicitud formulada por los peticionarios. Mantuvo que la primera cuestión a resolver es si doña ….. y don ….. pueden oponerse a la solicitud de nombramiento de auditor, cuando no manifiestan hacerlo en representación de la sociedad «Micas 2000, S.L.» y teniendo en cuenta la literalidad del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil que regula el trámite de oposición «de la sociedad» al nombramiento. En cuanto a ello, no puede entenderse que estén legitimados, pues ambos, en su propio nombre y derecho, carecen de facultades de representación de la sociedad que nos ocupa. No obstante lo anterior y consultado el archivo del Registro, del mismo resulta que doña Manuela Castro Fernández, es administradora única de la sociedad y dado que el Registrador Mercantil viene obligado a resolver sobre el fondo de la cuestión, entrando en todas las cuestiones que se deriven del expediente, incluso en los casos en que la sociedad no se oponga, calificando a la vista de los datos que constan en el Registro, se procede a examinar si procede o no la designación del auditor solicitado. La cuestión básica de oposición es la falta de legitimación de las solicitantes, al no haber acreditado su condición de accionistas, pues solo se acredita que son herederas del titular de las acciones y, al no estar hecho el reparto de la herencia y existir más herederos legítimos, se desconoce quienes podrían ser los adjudicatarios de las acciones una vez finalizado el reparto y aceptación de la herencia. Tal argumento no puede prosperar, en contra de lo que entiende la sociedad, 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 quienes son los titulares de las acciones pertenecientes al causante ni 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 forma parte la peticionaria.

IV

Contra dicha resolución doña ….., como administradora 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 la herencia del socio fallecido, don ….., se encuentra yacente, dado que si bien ha sido aceptada a beneficio de inventario, no se ha adjudicado a los herederos que son sus tres hijos doña ….., doña ….. y don ….., sin perjuicio de la cuota vidual que a ella le corresponde. Adjuntaba a su escrito copia de la escritura de protocolización de la herencia yacente, autorizada por el Notario de Madrid, D. Juan Carlos Caballería Gómez, el día 29 de junio 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 y las Resoluciones de este Centro Directivo de 25 de marzo de 1994, 3 de abril y 18 de mayo de 1995 y, como más recientes, las de 10 de febrero de 2003 y 19 de febrero, 24 de mayo y 12 de junio de 2005 y 30 de mayo de 2007.

Procede confirmar por ajustada a derecho el fundamento de la resolución adoptada por el Registrador Mercantil de Madrid. En efecto, las solicitantes han aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación mediante la escritura de protocolización de la herencia yacente, autorizada por el notario de Madrid, don Juan Carlos Caballeria Gómez, el día 29 de junio de 2011, de los que resulta que forman parte de una comunidad hereditaria, titular entre otros bienes, de las acciones que el socio fallecido tenía en la compañía. La sociedad, por su parte, no ha aportado prueba alguna que desvirtúe dicho principio de prueba, sino que por el contrario confirma que, efectivamente, las solicitantes están llamadas a titulo de legatarias a la herencia de su causante y socio de la entidad mercantil afectada por la solicitud. En efecto, como indicó el Registrador Mercantil, no es necesario que los herederos tengan que esperar a la partición y adjudicación de la herencia para estar legitimados para solicitar la auditoría, sino que, como ocurre en el caso que nos ocupa, basta con que acrediten su condición de herederos o legatarios –como lo han hecho–

para que, como miembro de la comunidad hereditaria titular de las acciones, pueda solicitarla, dado que mediante esta actuación están realizando un acto de gestión y administración de los bienes relictos, para el que están ampliamente facultados.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña….., administradora de «Micas 2000, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil número XII de Madrid de 7 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil XII de Madrid.

Resolución de 25 de junio de 2013 (3.ª)

En el expediente 26/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gestión Privada de Activos 2007, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Crigase S.A.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 23 de enero de 2013 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 «Gestión Privada de Activos 2007, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitud que se formula es innecesaria y económicamente

injustificada porque la sociedad ofrece para este mismo ejercicio información suficiente facilitada por un profesional administrativo independiente e imparcial. 2.º) Que, dado que la solicitud carece de causa y motivación, el Juzgado exigirá al solicitante caución suficiente como para responder de los gastos de la auditoría. 3.º) Que el verdadero motivo de la petición es un enfado del solicitante por haberse acordado en la Junta General una ampliación de capital social de 250.000 euros con el fin de hacer frente a la falta de liquidez que vive la sociedad como consecuencia de la crisis económica.

III

El Registrador Mercantil número XVII de Madrid, con fecha 25 de febrero de 2013 resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, sin perjuicio de que la sociedad entregue toda la información 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 que aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio. (Res. de la DGRN 29 de enero de 2002; 4 de noviembre de 2004; 11 y 24 de octubre de 2005; 28 de febrero y 6 de marzo de 2006, entre otras). En este sentido, la gestoría que la sociedad manifiesta que realiza una labor independiente e imparcial que incluye la contabilidad de la sociedad, no puede considerarse como «profesional administrativamente habilitado» pues tal función corresponde al auditor de cuentas, y en este caso ni se alega que ostente la condición de auditor de cuentas ni, obviamente, se acredita. En cuanto a la vulneración del artículo 40 del Código de Comercio proclamada por la sociedad, dicho artículo comienza su redacción –y así se ha trascrito en el escrito de oposición–: «1. Sin perjuicio de lo establecido en otras leyes que obliguen a someter las cuentas anuales a la auditoría de una persona que tenga la condición legal de auditor de cuentas,...» y éste es precisamente el caso que nos ocupa. Tanto la Ley de Sociedades de Capital como el Reglamento del Registro Mercantil, contemplan la posibilidad de que un socio de sociedad no obligada a verificar sus cuentas, que reúna al menos el 5% del capital social, puede solicitar del Registro Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas, cuando lo solicite dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio. Ambas disposiciones son complementarias, no contradictorias. La inexistencia de causa que justifique la solicitud y lo innecesario de la misma, son cuestiones ya resueltas por la Dirección General en múltiples ocasiones, declarando que es indiferente que el escrito de petición refleje o no una causa o que ésta no sea cierta ya que en este tipo de expediente es siempre y típicamente la misma: «la inexistencia de auditoría (Resoluciones de 20 de octubre de 2005, 24 de febrero de 2006, 30 de mayo de 2007, 29 de marzo de 2010 y 28 de febrero de 2011, entre otras) y que es el socio quien juzga si la auditoría es o no necesaria. En el mismo sentido, la alegación de que el verdadero motivo de la solicitud se debe al enfado de la sociedad solicitante por la aprobación de un acuerdo de ampliación de capital en la Junta Extraordinaria celebrada en fecha 17 de octubre de 2012, tampoco puede considerarse causa de oposición. Según doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en múltiples Resoluciones, la posible finalidad maliciosa no le priva de ejercitar su derecho, añadiendo que «resulta imposible examinaren este trámite, debido a lo limitado del conocimiento que legalmente tiene atribuido, las motivaciones que llevan al socio a solicitar el nombramiento de auditor. Estas motivaciones podrán o no ser legítimas, o responder o no a un ejercicio abusivo de derecho o antisocial del mismo (artículos 6 y 7

del Código Civil), pero las determinaciones internas de la voluntad no pueden ser analizadas en este procedimiento, y no sólo porque las intenciones contrarias a la buena fe o al abuso del derecho no puedan presumirse nunca, sino porque, además, siempre queda abierta a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los daños causados». (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1999, 17 de mayo de 2003, 22 de junio de 2005, 25 de febrero de 2011 y 11 de julio de 2012, entre otras).

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadió, resumidamente: 1.º) Que los derechos de información y auditoría son derechos conexos pues se trata, en realidad, de que los socios que cubran el mínimo de capital social exigido puedan comprobar el modo en el que se han confeccionado las cuentas, razón por la cual el Código de Comercio prevé la posibilidad de solicitar la auditoría ante la jurisdicción competente. 2.º) Que la norma que atribuye a los Registradores Mercantiles la facultad de resolver la oposición a una solicitud de auditoría de cuentas debe ser declarada nula porque se trata de un conflicto entre particulares que solo pueden dirimir quienes tengan atribuida la potestad jurisdiccional.

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, 3 de mayo de 2009 y 19 de noviembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la primera cuestión plateada en el escrito de oposición, cabe señalar que nuestro Ordenamiento jurídico mercantil configura los derechos de información y auditoría como derechos del socio que, aunque complementarios y relacionados, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas de capital y tiempo –como es el caso– pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Sobre la cuestión relativa 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 argumenta hay que constatar, que la causa de la solicitud del art. 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 art. 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 art. 350 del mismo cuerpo legal que queda enlazado con otro supuesto que es el del art 205.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, completamente diferente al número 2. del mismo artículo.

3.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.* artículos 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 motivo de oposición relativo a la conveniencia de que sea el propio solicitante el que preste caución para costear los gastos de la auditoría, no puede enervar su derecho pues, como ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritario a la verificación contable del ejercicio 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de «Gestión Privada de Activos 2007, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XVII de Madrid 25 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XVII Madrid.

Resolución de 26 de junio de 2013

En el expediente 27/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hispanía Cerámica, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Limpiezas Rasa, S.A.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Castellón, el 7 de febrero de 2013 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 34% del capital social de «Hispanía Cerámica, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través su representante, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que no son ciertas las manifestaciones realizadas por el solicitante, dado que no ostenta el 34% del capital social de la compañía, sino solo el 12% de éste. 2.º) Que tampoco es cierto que la sociedad no esté obligada a verificar sus cuentas anuales, puesto que excedió de los límites previstos en el artículo 257 de la Ley de Sociedades de Capital durante los ejercicios 2010 y 2011, en relación con el artículo 263 de dicha ley. 3.º) Que si la sociedad no ha nombrado auditor ha sido por el obstruccionismo del peticionario, pues el 20 de diciembre convocó judicialmente Junta General para que, entre otros acuerdos, se adoptase el de nombrar auditor de cuentas. 4.º) Que se ha vuelto a convocar a la Junta general para el 21 de febrero de 2013, estando entre los puntos del orden del día el de nombrar auditores de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de Castellón, por resolución de 18 de febrero de 2013, acordó estimar la solicitud del socio, por entender que la cuestión planteada se reduce a determinar si un auditor cuyo nombramiento ha sido solicitado sobre la base del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, puede ser nombrado al amparo del párrafo 1 del mismo artículo. Conforme a los artículos 264 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de octubre de 2000 y 20 de febrero de 2001 y, en atención a la economía procesal, teniendo en cuenta que si la sociedad al final no estuviese obligada a la verificación contable, podría presentar sus cuentas sin el informe de auditoría, defraudando el derecho del minoritario, mientras que si la sociedad estuviese obligada el nombramiento solo lo puede verificar *(sic)* el Registrador Mercantil.

IV

Contra dicha resolución a indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que la Junta general de la sociedad, en su reunión de 20 de febrero de 2013 procedió a nombrar auditor de cuentas, como se deduce del Acta adjunta de 21 de febrero de 2013. 2.º) Que dada la complejidad de las circunstancias, el Registrador Mercantil procedió a nombrar auditor de cuentas cuando ya había sido nombrado por la Junta general. 3.º) Que el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital debe prevalecer sobre lo dispuesto en el artículo 265.2 de la misma ley pues las circunstancias concurrentes en la Junta general que ha dado lugar a que no se pudiera nombrar auditor en el ejercicio 2012, no son imputables al órgano de administración sino a la actitud obstruccionista del solicitante. 5.º) Que dado que hay un nexo causal entre la Junta convocada para el 20 de diciembre de 2012 y la celebrada el 21 de febrero de 2013 en primera y segunda convocatoria, debe llevar a la conclusión de que es procedente el nombramiento de auditor por la Junta general de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 264 y 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, 19 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Se plantea en este expediente la cuestión de la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas solicitado por un socio de la entidad mercantil de referencia que, tal como alega su representante, se encuentra obligada a la verificación contable, siendo así que el socio solicitante reúne un porcentaje de participación en el capital social equivalente a más del 5% y fundó su petición en el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital.

La sociedad pretende enervar su petición aduciendo la imposibilidad de celebrar la Junta General convocada por la autoridad judicial durante el año en

el que, conforme al artículo 263 de la ley de Sociedades de Capital, debió acordar el nombramiento de auditor con el fin de que verificara las cuentas anuales de ese mismo ejercicio 2012, dado que se encuentra obligada a la verificación contable por haber superado durante dos ejercicios consecutivos dos de los límites previstos en el artículo 257 de la Ley de Sociedades de Capital.

Pues bien, sobre la cuestión planteada cabe señalar que la Ley de Sociedades de Capital establece un sistema objetivo para determinar la competencia y los plazos en que dicho nombramiento debe acordarse por la Junta general, procediendo el nombramiento por el Registrador Mercantil cuando, estando obligada a ello, no hubiera procedido al nombramiento de auditor de cuentas. En efecto, de los artículos 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil resulta de modo categórico que, cuando la sociedad estuviese obligada a la verificación de las cuentas anuales y hubiese finalizado el ejercicio por auditar sin que su junta general hubiese nombrado a los Auditores que debían realizarla, tal designación corresponderá, ya en exclusiva, al Registrador Mercantil al habérselo solicitado una de las personas legitimadas para ello. Por ello, no procede ahora invocar el nombramiento de auditor acordado por la Junta general de 21 de febrero de 2013, en cuanto que dicho auditor tiene el encargo de la verificación de las cuentas de un ejercicio ya cerrado al tiempo en que se efectuó. Poco ha de importar para alcanzar esta conclusión el hecho de que el socio lo hubiera instado en base al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital por reunir las condiciones exigidas en dicho artículo, dado que ha quedado acreditado en el expediente que el nombramiento de auditor le corresponde efectuarlo al Registrador Mercantil y que el socio solicitante puede fundar su petición tanto en el supuesto previsto en el número 1 como en el supuesto previsto en el número 2 del artículo 265 de la ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Hispanía Cerámica, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Castellón el 18 de febrero de 2013

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Castellón.

Resolución de 28 de junio de 2013 (1.ª)

En el expediente 29/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Euromat Textil, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia el 17 de enero de 2013 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 «Euromat Textil, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de sus administradores solidarios, don …..y doña, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que se trata de una sociedad no obligada legalmente a auditar sus cuentas y que el artículo 14 de los Estatutos Sociales establece que el nombramiento de auditor compete únicamente a la Junta General a solicitud de alguno de los socios. El solicitante no lo ha propuesto, estando a la espera de que lo haga en la próxima Junta General que ya ha sido convocada para el próximo 5 de marzo de 2012. 2.º) Que siempre ha tenido toda la documentación fiscal y contable de la sociedad. 3.º) Que la solicitud supone un claro abuso de derecho, dado que el solicitante ha sido administrador solidario de la compañía hasta el 18 de abril de 2012, fecha en que fue cesado como tal y se nombraron administradores solidarios a los otros tres hermanos, siendo así que lo que pretende, en realidad, es presionar a la sociedad para obtener una venta beneficiosa para él de sus participaciones sociales. 3.º) Que la sociedad carece de liquidez para hacer frente al elevado costo que supone una auditoría.

III

La Registradora Mercantil número II de Valencia, con fecha 18 de febrero de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que el hecho de que la sociedad no esté obligada a la verificación es precisamente el supuesto que contempla en artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, siendo así que pasan a estarlo cuando lo solicitan un número de socios que representen al menos el 5% del capital social, porcentaje que en este caso el solicitante ha acreditado.. Con independencia de que el solicitante cuente toda la información de la sociedad o que el socio haya tenido acceso permanente a los estados contables y financieros, el derecho a solicitar auditor de cuentas que tienen los socios minoritarios es distinto al de información y examen de las cuentas. En efecto 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 que aunque complemen-

tarios resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. (Res. de la D.G.R.N. 29 de enero de 2002, 6 de septiembre de 2011, 30 de enero de 2012, entre otras). Además, en estos expedientes resulta indiferente la expresión o no de la causa de la solicitud. La alegación de que el solicitante pretende presionar a la sociedad para que llevar a cabo una compraventa beneficiosa de sus participaciones sociales, no es causa apreciable en este expediente. Según ha establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado en diversas Resoluciones, la posible finalidad maliciosa no le priva de ejercitar su derecho pues «resulta imposible examinar en este trámite, debido a lo limitado del conocimiento que legalmente tiene atribuido, las motivaciones que llevan al socio a solicitar el nombramiento de auditor. Estas motivaciones podrán o no ser legítimas, o responder o no a un ejercicio abusivo de derecho o antisocial del mismo (artículos 6 y 7 del Código Civil), pero las determinaciones internas de la voluntad no pueden ser analizadas en este procedimiento, y no sólo porque las intenciones contrarías a la buena fe o al abuso del derecho no puedan presumirse nunca, sino porque, además, siempre queda abierta a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los daños causados» (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1999,10 de julio de 2000, 22 de junio de 2005, 3 de mayo de 2010, 8 de febrero de 2011, 2 de octubre de 2012, entre otras). El derecho reconocido a los socios en el artículo 265. 2 de la Ley de Sociedades de capital es independiente de la convocatoria de la Junta General. No es admisible que el derecho del socio minoritario sea negado por el gasto que acarrea la 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 su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadió que cuando se celebre la Junta general de la sociedad se designará un auditor de cuentas, tal y como desea 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 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, 3 de mayo de 2009 y 19 de noviembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, como indicó la Registradora Mercantil de Valencia, 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registra-

dor Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe del 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.* art. 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 las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la auditoría que entiende son innecesarios no pueden tener incidencia en este procedimiento de nombramiento de auditor de cuentas a instancias 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.

4.º Y, por último, el propósito de la sociedad de designar auditor de cuentas, como lo desea el solicitante y promotor de este expediente surtirá, si el auditor acepta la oferta, los efectos jurídicos correspondientes para los próximos ejercicios, pero la verificación del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012 habrá de ser realizada por el auditor nombrado por el Registrador Mercantil, tal como solicitó el socio minoritario en el ejercicio del derecho que le reconoce 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 doña ….., administradores solidarios de «Euromat Textil, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número de valencia 18 de febrero de 2013.

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

Madrid, 28 de junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 28 de junio de 2013 (2.ª)

En el expediente 30/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Construcciones Canto Carril, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de A Coruña el 25 de enero de 2013 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 «Construcciones Canto Carril, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta no presentó escrito de alegaciones dentro del plazo de cinco días establecido en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, por lo que el Registrador Mercantil, con fecha de 8 de febrero de 2013, declaró procedente el nombramiento de auditor de cuentas, dado que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo y la sociedad no ha presentado oposición.

III

El mismo día 8 de febrero de 2013, la sociedad de referencia, a través de su administrador único, don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil oponiéndose al nombramiento solicitado por la minoría, alegando, resumidamente, que la solicitante tiene acceso a toda la in formación de la sociedad y que los gastos que la auditoría comporta suponen un gran quebranto económico para la compañía.

IV

Contra la resolución del Registrador Mercantil de A Coruña de 8 de febrero de 2013 la indicada representación de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en esencia, 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 de 13 de junio de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de A Coruña, al que adjuntó un escrito firmado por don ….., administrador único de la sociedad afectada por la solicitud,

con el sello de la compañía, desistiendo del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Registrador Mercantil, aunque mantenía, las alegaciones aducidas en el mismo.

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 don ….., administrador único de «Construcciones Canto Carril, S.L.» declarando concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor de cuentas y, en consecuencia, firme la resolución recurrida.»

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

Madrid, 28 de junio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Jaén.

Resolución de 1 de julio de 2013 (1.ª)

En el expediente 31/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una sociedad de «Travertino Amarillo Oro, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Almería el 25 de enero de 2013 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 «Travertino Amarillo Oro, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para verificar el ejercicio económico cerrado a 31 de diciembre 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único don ….., se opuso a dicha pretensión alegando que existe un procedimiento penal iniciado por el solicitante contra todos los socios de la compañía y contra él mismo como administrador social, manifestando como conclusión que no ha lugar al nombramiento de auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de Almería, con fecha de 4 de marzo de 2013, acordó estimar la solicitud, dado que el peticionario reúne las condiciones de legitimación y tiempo requeridas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Señaló que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que han llevado al socio a instar el nombramiento, 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 de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando que el solicitante interpuso una querella criminal contra todos los socios de la compañía y contra él mismo como administrador social. Dicha querella fue admitida a trámite y el Juzgado requirió a la sociedad las cuentas anuales del ejercicio 2011 y toda la contabilidad del ejercicio 2012. Por lo que no procede el nombramiento de auditor, al no producirse la prueba en el ámbito judicial con la necesaria contradicción e intervención del Juez.

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.

El presente recurso plantea la cuestión de determinar si, iniciado un procedimiento en vía penal por el solicitante de la auditoría de cuentas, el Registrador Mercantil en su acuerdo y este Centro Directivo resolviendo el recurso de alzada deben declarar la improcedencia del nombramiento.

La respuesta a esta cuestión ha de ser forzosamente negativa pues, aún en el supuesto de que se estuviera discutiendo en vía civil la condición de socio

del solicitante o el porcentaje de participación que ostenta en el capital social, no habría lugar a declarar improcedente el nombramiento de auditor de cuentas que solicitó del Registrador Mercantil, sino que solo cabría la suspensión de este procedimiento hasta que recayera sentencia firme en vía civil aclarando la cuestión litigiosa previamente planteada. Y ello con el fin de no causar perjuicios ni al socio ni ha la sociedad ante una eventual perdida de legitimación declarada en vía civil para instar el nombramiento de auditor de cuentas, en el ejercicio del derecho que el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital reconoce a los socios que reúnan las condiciones que establece.

Por ello, en el caso presente, se ha de confirmar el fallo del acuerdo recurrido, dado que no se ha planteado la cuestión litigiosa anteriormente señalada. Por el contrario, el socio minoritario y solicitante de la auditoría de cuentas interpuso una querella criminal contra el administrador único y los demás socios de la compañía ante lo que, a su juicio, fue una actitud obstrusiva al ejercicio del derecho de información contable y financiera que le corresponde como socio, siendo plenamente coherente con esa actuación que ahora pretenda que la información contable del ejercicio 2012 que la sociedad entregó al Juzgado sea verificada por un auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil *(cfr.* artículo 196 y 197 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 «Travertino Amarillo Oro, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil Almería el 4 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Almería.

Resolución de 1 de julio de 2013 (2.ª)

En el expediente 32/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cercados e Instalaciones, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 18 de febrero de 2013 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 «Cercados e Instalaciones, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2013.

II

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 11 de marzo de 2013, a la vista de la sociedad no se había opuesto al nombramiento de auditor de cuentas solicitado, acordó estimar la solicitud, dado que en el solicitante concurren las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas.

III

Por escrito presentado en la Oficina de Correos el 8 de marzo de 2013 y con entrada en el Registro Mercantil el 11 de marzo de 2013, la sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha solicitud alegando, en síntesis: 1.º) Que en el caso de que prospere la solicitud la sociedad se vería obligada a soportar unos costes elevados que en este momento no puede sufragar. 2.º) Que el solicitante tiene pleno acceso a la información financiera y contable de la empresa porque es su apoderado y ha sido él quien ha gestionado los asuntos de la sociedad. 3.º) Que el solicitante no debe separar los aspectos afectivos y los puramente empresariales. En realidad, la solicitud solo tiene la finalidad de enturbiar las relaciones entre 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 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 Con carácter previo, se ha de señalar que habiéndose dictado la resolución de la solicitud presentada por el socio minoritario el mismo día en que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Alicante el escrito de oposición de la sociedad, dicho escrito se tramitará como un auténtico recurso de alzada, conforme a lo dispuesto en el artículo 110.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2.º En cuanto al conocimiento que tuvo el socio de la contabilidad de la empresa y de su situación financiera, se ha de señalar que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla (*cfr.* art. 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.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.* artículos 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, las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría que la sociedad alega tampoco puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Como ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Cercados e Instalaciones, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Alicante el 11 de marzo de 2013 y, en consecuencia, ser firme la resolución recurrida.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 1 de julio de 2013 (3.ª)

En el expediente 33/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Autos Grabanxa, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de A Coruña el 1 de febrero de 2013 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 «Autos Grabanxa, 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 escrito copia de la escritura de poder otorgada a su favor por doña María Jesús Neira García el 23 de enero de 2013 ante el notario de Ordenes, don Francisco Javier Ramírez, bajo el número 120 de su protocolo; copia de la escritura de partición parcial de la herencia autorizada por el notario de Santiago de Compostela el 30 de noviembre de 2012, bajo el número 1954 de su protocolo;

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 verificar las cuentas del ejercicio 2012 a la empresa «Asedeco Auditores, S.L.» Adjuntó a su escrito el informe de auditoría realizado.

III

El Registrador Mercantil de A Coruña, con fecha 22 de febrero de 2013, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que el nombramiento voluntario de auditor realizado por la sociedad ha garantizado el derecho de la solicitante al informe de la auditoría de cuentas, el cual se adjuntó al expediente con el escrito de oposición.

IV

Contra dicha resolución don ….., en nombre y representación de doña ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Que es socia participe de la entidad mercantil de referencia con un porcentaje de capital social superior al 8%. 2.º) Que la auditoría voluntaria alegada por la sociedad no puede enervar su derecho, dado que las fechas de presentación en el registro del informe de auditoría, del nombramiento de auditor, incluida la aceptación del nombramiento, son todas posteriores a la fecha de presentación de la solicitud, fecha de apertura del expediente 8/2013 de 1 de Febrero de 2013. El informe de auditoría, y el supuesto contrato de auditoría que se menciona genéricamente en la carátula, son de naturaleza privada e inscrito posteriormente a la fecha de apertura expediente 8/2013 de 1 de Febrero de 2013.

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 minoritario que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo oportuno legalmente exigibles.

La doctrina sentada en esta materia por esta Dirección General –doctrina que vuelve aquí a reiterarse– ha sido terminantemente clara: el nombramiento de auditor voluntariamente efectuado por la sociedad de capital enerva el derecho del socio minoritario a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas puesto que el vigente artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, correspondiente al derogado artículo 205.2 LSA de 1989, lo que pretende es que se faciliten al socio las cuentas anuales verificadas por un auditor independiente, sin que sea determinante a instancia de quién haya sido designado este auditor, Juez, Registrador u Órganos sociales, ya que la independencia de cualquier auditor queda garantizada por las previsiones de la propia Ley de Auditoría de Cuentas, su Reglamento de desarrollo y las propias Normas Técnicas de Auditoría.

Ahora bien, siempre se ha exigido además se cumpla una doble condición: *a)* Que se haya efectuado el nombramiento del auditor por la sociedad con anterioridad a la presentación de la instancia por el minoritario pidiendo el nombramiento de auditor al Registro; y *b)* Que se haya garantizado ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, garantía que únicamente puede procurársele bien a través de la inscripción del nombramiento del auditor en el Registro Mercantil, bien por haberse puesto a disposición del

socio el informe de auditoría correspondiente o bien por la incorporación del citado informe al propio 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 sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios, que podría eludir fácilmente a través del sencillo procedimiento de retrasar indefinidamente la presentación de las cuentas.

Desde la Resolución de este Centro Directivo que lleva por fecha la de 29 de noviembre de 2004 y luego en otras posteriores entre las que cabe citar 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 de 15 de abril de 2010, se ha añadido a los requisitos para enervar el derecho del minoritario, la supuestamente necesaria acreditación, a cargo de la sociedad, mediante fecha fehaciente en el sentido dado a esta expresión por el artículo 1.227 CC, de la anterioridad del nombramiento voluntario del auditor por la misma sociedad en relación con la fecha de la presentación de la solicitud por la minoría en el Registro Mercantil. En el supuesto analizado, de la documentación que consta en el expediente se desprende que, según manifestación del representante de la sociedad, la Junta general de la dicha sociedad celebrada el 22 de septiembre de 2008 acordó nombrar auditor voluntario de cuentas por un periodo de nueve años. No obstante lo cual, la primera fecha fehaciente que consta en el expediente en relación con dicho nombramiento es la de legitimación notarial de la firma del representante de la auditora «Asedeco Auditores, S.L.U.», el 20 de febrero de 2013, posterior, pues, a la fecha de la presentación en el Registro Mercantil de la solicitud del nombramiento de auditor por la minoría (1 de febrero de 2013). Si hemos de seguir el criterio de la doctrina anteriormente sentada por este centro directivo en materia de fecha fehaciente del nombramiento resultará que, como es el caso, aunque la sociedad haya adjuntado a su escrito de oposición el propio informe de auditoría realizado, debería procederse al nombramiento de un nuevo auditor por el Registrador Mercantil duplicándose todos los costes que ello conlleva para conseguir el mismo objetivo: la puesta a disposición del interesado de un informe de auditoría.

Esta doctrina no puede mantenerse, cierto es que no existe ningún documento fehaciente que así lo pruebe, pero como pone de relieve la RDGRN de 29 de agosto de 2003 en contra de lo que el registrador mercantil reclamó a la sociedad «no existe ninguna exigencia legal ni reglamentaria en tal sentido» por lo que entiende que basta que «una valoración conjunta de las pruebas aportadas lleve a la convicción de que el nombramiento fue previo a la solicitud presentada» por el interesado. Habiéndose manifestado por el representante de la sociedad en su escrito de oposición que se produjo un nombramiento de auditor anterior a la entrada de la solicitud del minoritario en el Registro Mercantil y habiéndose aportado el informe de auditoría efectuado al expediente, aunque no haya fecha fehaciente, no existen razones para presumir falsedad en la declaración o fraude a los derechos del minoritario, que, de

haberse producido, debería ser cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente que únicamente tiene por objeto la revisión por un auditor de las cuentas anuales de un determinado ejercicio. En este caso resulta del propio expediente con toda claridad que el derecho del minoritario queda garantizado con el informe elaborado por el auditor voluntariamente designado, informe puesto a disposición de los minoritarios en tiempo idóneo y en el seno del propio expediente, que es precisamente lo que pretende asegurar con su tramitación el artículo 265.2 de la LSC.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de doña ….., solicitante del nombramiento de auditor de cuentas para la sociedad «Autos Grabanxa, S.L.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de A Coruña el 22 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 2 de julio de 2013 (1.ª)

En el expediente 34/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Catora PIF, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 12 de febrero de 2013 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 «Catora PIF, S.A.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador mancomunado, don ….. y don …..., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que en el caso de que el auditor fuese nombrado por el Registrador Mercantil la sociedad se vería obligada a soportar unos costes económicos elevados que en el momento presente, no puede sufragar. 2.º) Que el solicitante tiene a su disposición toda la documentación contable y financiera de la empresa, pudiendo examinar en el domicilio social toda la documentación que sirve de soporte para la elaboración de las cuentas anuales. 3.º) Que el socio ha incumplido todos los principios fundamentales del Protocolo familiar como es la separación de los aspectos afectivos y empresariales, siendo la única finalidad de la solicitud enturbiar las relaciones entre los socios.

III

La Registradora Mercantil número I de Madrid, con fecha 13 de marzo de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que con independencia de que la sociedad nunca haya negado información al solicitante, el derecho que tienen los socios a solicitar auditor de cuentas 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 que, aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. La manifestación de que a día de hoy no se ha sometido a aprobación de la Junta de Socios las cuentas anuales, en nada enerva el derecho del socio a la auditoría. Respecto a la mala situación económica de la sociedad y el gran quebranto económico que la auditoría provocaría, no pueden enervar la pretensión del solicitante, pues el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es taxativo –sin que quepa margen interpretativo alguno –tanto al fijar las condiciones para su ejercicio como al disponer que los gastos que origina la auditoría han de correr a cargo de la sociedad. En cuanto a que la solicitud no está justificada y solo pretende enturbiar las relaciones entre los socios, 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 lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

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

V

Finalmente, el 10 de junio de 2013 tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil número I de Madrid al que adjuntó un escrito firmado por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, en el que desistió 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.

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 2012 de la entidad mercantil «Catora PIF, 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, 2 de julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número I Madrid.

Resolución de 2 de julio de 2013 (2.ª)

En el expediente 35/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una sociedad de «Fincas y Comunidades, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., en su condición de administrador judicial de la entidad mercantil «Duarte Hermanos, SA» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 13 de febrero

de 2013 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 33,34% del capital social de «Fincas y Comunidades, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su representante doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la entidad mercantil solicitante se encuentra incursa en un procedimiento de medidas cautelares número 472/2012 que se encuentra pendiente de resolución judicial, dado que el 50% del accionariado de dicha sociedad se opuso al nombramiento de administrador judicial, adoptado en el marco de dicho procedimiento. El motivo principal de la solicitud de dichas medidas cautelares está fundado en la necesidad de liquidación y disolución la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, estando el 50% del accionariado a favor de la adopción de dichas medidas y el 50% restante en contra. 2.º) Que de lo anterior resulta que el nombramiento del administrador judicial no es firme y, por tanto, sería susceptible de ser revocado, por lo que sería adecuado y prudente suspender el procedimiento y estar al resultado de la resolución judicial que confirme o revoque su nombramiento, para poder discernir si el solicitante ostenta o no legitimación para solicitar la auditoría de las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2012 de «Fincas y Comunidades, S.A.».

III

La Registradora Mercantil número VIII de Madrid, con fechas 4 de marzo de 2013, acordó desestimar la oposición de la sociedad por no haber lugar a la suspensión del procedimiento. Mantuvo que de los archivos del Registro resulta de la inscripción 8.ª practicada el día 24 de octubre de 2012 en la hoja abierta en este Registro Mercantil a la sociedad «Duarte Hermanos, S.A.» nombrado administrador judicial don Armando Betancor Álamo, sin que aparezca presentado o pendiente de despacho documento alguno que modifique tal situación, por ello, y de conformidad con lo establecido, el artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil, la representación de la sociedad corresponde al administrador judicial.

IV

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

V

Con fecha de 17 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil de Madrid, al que adjunto un escrito de alegaciones presentado por un escrito del solicitante de la auditoría de cuentas, don ….., en su condición de administrador judicial de la entidad mercantil «Duarte Hermanos, SA», en el que manifestó que la oposición a la medida cautelar adoptada por el Juz-

gado de lo Mercantil número 2 de Madrid el 26 de septiembre de 2012 fue desestimada por Auto de 25 de febrero de 2013.

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 y 3 de octubre de 2006, 4 de diciembre de 2009.

Procede confirmar el fundamento jurídico único de la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid. En efecto, ha quedado acreditada en el expediente la representación con la que actuó don ….., fundada en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número II de Madrid de 6 de septiembre de 2012 que acordó su nombramiento como administrador judicial de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, el cual ha sido posteriormente confirmado por el de 25 de febrero de 2013 que desestimó la oposición a dicho nombramiento efectuado por la autoridad judicial.

Sentado lo anterior, conviene recordar a la representación recurrente que la legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas la ostenta el socio que, al tiempo de presentar su solicitud en el Registro Mercantil tenga la propiedad de un número de participaciones sociales equivalentes al 5% del capital social por exigirlo así el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, cualidad ésta que ha quedado suficientemente probada en el expediente por parte de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, como también ha quedado probado que aún cuando pudiera estar incursa en causa de disolución, si ese acuerdo se llegara a adoptar por la autoridad judicial o incluso por la propia sociedad –lo que no ha ocurrido– solo abriría un proceso de liquidación en el que su personalidad jurídica subsiste en tanto que se haya otorgado escritura pública de extinción de la sociedad que se inscribirá en el Registro Mercantil cancelándose los asientos correspondientes a la sociedad extinguida. Lo anterior determina que hasta que esto no ocurra la entidad mercantil solicitante puede ejercer los derechos que la ley le reconoce como socia que es de la sociedad afectada por su solicitud.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Fincas y Comunidades, S.A.», contra el acuerdo de suspensión dictado por la Registradora Mercantil número VIII de Madrid el 4 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándo-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VIII de Madrid.

Resolución de 2 de julio de 2013 (3.ª)

En el expediente 36/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una sociedad de «Comapar, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., en su condición de administrador judicial de la entidad mercantil «Duarte Hermanos, S.A.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 13 de febrero de 2013 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 «Comapar, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su representante doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la entidad mercantil solicitante se encuentra incursa en un procedimiento de medidas cautelares número 472/2012 que se encuentra pendiente de resolución judicial, dado que el 50% del accionariado de dicha sociedad se opuso al nombramiento de administrador judicial, adoptado en el marco de dicho procedimiento. El motivo principal de la solicitud de dichas medidas cautelares está fundado en la necesidad de liquidación y disolución la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, estando el 50% del accionariado a favor de la adopción de dichas medidas y el 50% restante en contra. 2.º) Que de lo anterior resulta que el nombramiento del administrador judicial no es firme y, por tanto, sería susceptible de ser revocado, por lo que sería adecuado y prudente suspender el procedimiento y estar al resultado de la resolución judicial que confirme o revoque su nombramiento, para poder discernir si el solicitante ostenta o no legitimación para solicitar la auditoría de las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2012 de «Fincas y Comunidades, S.A.».

III

El Registrador Mercantil número X de Madrid, con fechas 4 de marzo de 2013, acordó desestimar la oposición de la sociedad por no haber lugar a la suspensión del procedimiento. Mantuvo que de los archivos del Registro resulta de la inscripción 8a practicada el día 24 de octubre de 2012 en la hoja abierta en este Registro Mercantil a la sociedad «Duarte Hermanos, SA» nombrado administrador judicial don Armando Betancor Álamo, sin que aparezca presentado o pendiente de despacho documento alguno que modifique tal situación, por ello, y de conformidad con lo establecido, el artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil, la representación de la sociedad corresponde al administrador judicial.

IV

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

V

Con fecha de 17 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Madrid, al que adjunto un escrito de alegaciones presentado por el solicitante de la auditoría de cuentas, don ….., en su condición de administrador judicial de la entidad mercantil «Duarte Hermanos, S.A.», en el que manifestó que la oposición a la medida cautelar adoptada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid el 6 de septiembre de 2012 fue desestimada por Auto de 25 de febrero de 2013.

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 y 3 de octubre de 2006, 4 de diciembre de 2009.

Procede confirmar el fundamento jurídico único de la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid. En efecto, ha quedado acreditada en el expediente la representación con la que actuó don ….., fundada en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número II de Madrid de 6 de septiembre de 2012 que acordó su nombramiento como administrador judicial de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, el cual ha sido posteriormente confirmado por el de 25 de febrero de 2013 que desestimó la oposición a dicho nombramiento efectuado por la autoridad judicial.

Sentado lo anterior, conviene recordar a la representación recurrente que la legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas la ostenta el socio que, al tiempo de presentar su solicitud en el Registro Mercantil tenga la

propiedad de un número de participaciones sociales equivalentes al 5% del capital social por exigirlo así el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, cualidad ésta que ha quedado suficientemente probada en el expediente por parte de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, como también ha quedado probado que aún cuando pudiera estar incursa en causa de disolución, si ese acuerdo se llegara a adoptar por la autoridad judicial o incluso por la propia sociedad –lo que no ha ocurrido– solo abriría un proceso de liquidación en el que su personalidad jurídica subsiste en tanto que se haya otorgado escritura pública de extinción de la sociedad que se inscribirá en el Registro Mercantil cancelándose los asientos correspondientes a la sociedad extinguida. Lo anterior determina que hasta que esto no ocurra la entidad mercantil solicitante puede ejercer los derechos que la ley le reconoce como socia que es de la sociedad afectada por su solicitud.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Comapar, S.A.», contra el acuerdo de suspensión dictado por el Registrador Mercantil número X de Madrid el 4 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número X de Madrid.

Resolución de 2 de julio de 2013 (4.ª)

En el expediente 44/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una sociedad de «Administraciones Din, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., en su condición de administrador judicial de la entidad mercantil «Duarte Hermanos, SA» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 13 de febrero

de 2013 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 «Administraciones DIN, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su representante doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la entidad mercantil solicitante se encuentra incursa en un procedimiento de medidas cautelares número 472/2012 que se encuentra pendiente de resolución judicial, dado que el 50% del accionariado de dicha sociedad se opuso al nombramiento de administrador judicial, adoptado en el marco de dicho procedimiento. El motivo principal de la solicitud de dichas medidas cautelares está fundado en la necesidad de liquidación y disolución la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, estando el 50% del accionariado a favor de la adopción de dichas medidas y el 50% restante en contra. 2.º) Que de lo anterior resulta que el nombramiento del administrador judicial no es firme y, por tanto, sería susceptible de ser revocado, por lo que sería adecuado y prudente suspender el procedimiento y estar al resultado de la resolución judicial que confirme o revoque su nombramiento, para poder discernir si el solicitante ostenta o no legitimación para solicitar la auditoría de las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2012 de «Administraciones Din, S.A.».

III

El Registrador Mercantil número IX de Madrid, con fechas 4 de marzo de 2013, acordó desestimar la oposición de la sociedad por no haber lugar a la suspensión del procedimiento. Mantuvo que de los archivos del Registro resulta de la inscripción 8a practicada el día 24 de octubre de 2012 en la hoja abierta en este Registro Mercantil a la sociedad «Duarte Hermanos, S.A.» nombrado administrador judicial don Armando Betancor Álamo, sin que aparezca presentado o pendiente de despacho documento alguno que modifique tal situación, por ello, y de conformidad con lo establecido, el artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil, la representación de la sociedad corresponde al administrador judicial.

IV

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

V

Con fecha de 17 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Madrid, al que adjunto un escrito de alegaciones presentado por el solicitante de la auditoría de cuentas, don ….., en su condición de administrador judicial de la entidad mercantil «Duarte Hermanos, SA», en el que manifestó que la oposición a la medida cautelar adoptada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid el 6 de septiembre de 2012 fue desestimada por Auto de 25 de febrero de 2013.

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 y 3 de octubre de 2006, 4 de diciembre de 2009.

Procede confirmar el fundamento jurídico único de la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid. En efecto, ha quedado acreditada en el expediente la representación con la que actuó don ….., fundada en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número II de Madrid de 6 de septiembre de 2012 que acordó su nombramiento como administrador judicial de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, el cual ha sido posteriormente confirmado por el de 25 de febrero de 2013 que desestimó la oposición a dicho nombramiento efectuado por la autoridad judicial.

Sentado lo anterior, conviene recordar a la representación recurrente que la legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas la ostenta el socio que, al tiempo de presentar su solicitud en el Registro Mercantil tenga la propiedad de un número de participaciones sociales equivalentes al 5% del capital social por exigirlo así el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, cualidad ésta que ha quedado suficientemente probada en el expediente por parte de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, como también ha quedado probado que aún cuando pudiera estar incursa en causa de disolución, si ese acuerdo se llegara a adoptar por la autoridad judicial o incluso por la propia sociedad –lo que no ha ocurrido– solo abriría un proceso de liquidación en el que su personalidad jurídica subsiste en tanto que se haya otorgado escritura pública de extinción de la sociedad que se inscribirá en el Registro Mercantil cancelándose los asientos correspondientes a la sociedad extinguida. Lo anterior determina que hasta que esto no ocurra la entidad mercantil solicitante puede ejercer los derechos que la ley le reconoce como socia que es de la sociedad afectada por su solicitud.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Administraciones Din, S.A.» contra el acuerdo de suspensión dictado por el Registrador Mercantil número IX de Madrid el 4 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado el Director general de los Registros y del Notariado. Joaquín Rodriguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 3 de julio de 2013 (1.ª)

En el expediente 37/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una accionista de «Teminsa TMI, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 12 de febrero de 2013 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 «Teminsa TMI, S.A.», el nombramiento de un auditor con el fin de conocer si las cuentas anuales del ejercicio 2012 ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

II

La sociedad, a través de sus representantes, don ….. y don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la sociedad carece de medios para hacer frente a la auditoría de cuentas dado que vive una precaria situación económica, sin apenas actividad. 2.º) Que la solicitante tiene a su disposición toda la información financiera y contable de la empresa. 3.º) Que la solicitud de auditoría está formulada a sabiendas de la difícil situación de la sociedad, deja patente el ánimo del solicitante de perjudicar a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil número XIX de Madrid, con fecha 13 de marzo de 2013, 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, mantuvo que apreciable en estos expedientes pues el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es taxativo– sin que quepa margen interpretativo alguno –tanto al fijar las condiciones para su ejercicio como al disponer que los gastos que origina la auditoría han de correr a cargo de la sociedad, y así lo ha ratificado la Dirección General de los Registros y del Notariado

en reiterada doctrina (Resoluciones de 29 de octubre de 2009, 19 de octubre de 2010, 21 de julio y 6 de septiembre de 2011, 12 de enero y 28 de febrero de 2012, entre otras). Con independencia de que la sociedad entregue toda la información 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. En efecto 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 que aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de junio de 2009, 23 de julio y 17 de diciembre de 2010, 21 de febrero y 06 de septiembre de 2011, 05 de junio y 22 de agosto de 2012 entre otras. La alegación de que la solicitud del nombramiento de auditor no está justificada, ya que no tiene como finalidad la revisión de las cuentas del ejercicio 2012, sino enturbiar las relaciones entre los socios, no es una cuestión apreciable en este expediente. Según ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en múltiples Resoluciones, la posible finalidad maliciosa no le priva de ejercitar su derecho. Y así, la Resolución de dicho Centro Directivo de 20 de noviembre de 2009 dice textualmente, en su Fundamento de Derecho 3 que «no pueden examinarse en este procedimiento, dado lo limitado del conocimiento atribuido, las motivaciones que llevan a los socios solicitar la auditoría, ya que si bien es cierto que éstas 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 fraude ley, el abuso de derecho o su ejercicio antisocial (artículos 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones Internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

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

V

Con fecha 9 de abril de 2013, tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Madrid, al que adjuntó otro del solicitante de la auditoría de cuentas, don ….., en el que desistía de la instancia que inició este procedimiento.

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 2012 de «Teminsa TMI, 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, 3 de julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIX de Madrid.

Resolución de 3 de julio de 2013 (2.ª)

En el expediente 38/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Construcciones Loydo, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Ourense el 28 de febrero de 2013 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 Loydo, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ….. y don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que no procede el nombramiento de auditor de cuentas, dado que los derechos deben ejercitarse de buena fe, sin que la ley ampare el abuso de derecho, siendo así que en el caso que nos ocupa el solicitante dista mucho de encontrarse dentro de los parámetros establecidos en el artículo 7 del Código Civil. 2.º) Que la sociedad fue constituida el 8 de septiembre de 1998 siendo su objeto social «la urbanización, promoción, construcción, venta y explotación directa o indirecta, de parcelas, terrenos o edificios de viviendas, industriales, turísticos o de cualquier otro

género, hoteleros y de esparcimiento, tales como pisos, casas adosadas, torres, villas, bungalows, chalets, apartamentos, hoteles, salas de fiesta, piscinas, etc; así como la participación en otras sociedades de idéntico objeto social» 3.º) Que no obstante la literalidad de su objeto, dicha actividad concluyó el año 2009, momento en el que los socios, ante la imposibilidad de vender los inmuebles que permanecían en existencias, acordaron el reparto de éstos entre los socios y, una vez concluidas las operaciones se disolvería la sociedad. 4.º) Que el único motivo por el que la sociedad no ha sido disuelta ha sido porque el solicitante se negó a cumplir sus compromisos, lo que ha llevado a la sociedad a interponer una demanda ante el Juzgado de primera Instancia número 2 de Ourense, dando lugar a los Autos del Procedimiento ordinario número 861/2011. 5.º) Que, no obstante lo anterior, la sociedad carece de actividad, por lo cual la auditoría no tiene significado alguno, salvo el de perjudicar a la sociedad. 6.º) Que carece de legitimación para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que, como consecuencia de la ejecución parcial del acuerdo de reparto de bienes entre los socios y reducción de capital formalizada mediante escritura pública, se generó la obligación de pago de impuestos, viéndose obligados los socios a pagar, en concepto de préstamo, la cantidad de 24.000 euros y, obviamente, existiendo tres socios a cada uno le correspondió la cantidad de 8000 euros. El señor solicitante de la auditoría se negó a realizar dicho pago, por lo que los dos socios restantes tuvieron que desembolsar la cantidad que le correspondía a él. 7.º) Que como consecuencia de lo anterior y de su reiterada negativa al pago que le correspondía, la sociedad ha tenido que convocar Junta General Extraordinaria, en la que se adoptó el acuerdo de ampliación de capital social. Pues bien, el Sr. Blasco ha interpuesto una demanda de nulidad de acuerdos adoptados en tres Juntas Generales Extraordinarias celebradas el 10 de octubre de 2012 por medio del cual se pretendía concluir adoptados en el documento de 28 de diciembre de 2009; la de 3 de junio de 2010 de aprobación de cuentas anuales de los años 2009, y la de 29 de junio de 2011 de aprobación de las cuentas de 2010. 8.º) Que lo anteriormente expuesto evidencia su ánimo de perjudicar a la sociedad que atraviesa por serias dificultades económicas y además ocultó al Registro mercantil todas esas circunstancias.

III

Trasladada la oposición de la sociedad al solicitante, éste presentó un nuevo escrito de alegaciones en el Registro Mercantil aduciendo las que a su derecho convenían.

IV

El Registrador Mercantil de Ourense, con fecha de 6 de marzo de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor y rechazó las alegaciones de la sociedad sobre la mala fe, pues los limitados medios de conocimiento atribuidos a este procedimiento impiden al Registrador Mercantil pronunciarse sobre los mismos y, asimismo, las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca. El Registrador Mercantil carece de competencias para pronunciarse sobre la mala fe de los solicitantes, dado que su competencia se reduce a comprobar la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos. La sociedad alega que carece de legitimación, lo que tampoco puede prosperar porque la sociedad no ha aportado medio de prueba alguno que desvirtúen dicha legitimación, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 354 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil que atiende para conceder dicha legitimación que el solicitante ostente el 5% del capital social. Por lo que se refiere a los gastos de la auditoría, estos corren de cuenta de la sociedad por disponerlo así el artículo 265.2 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 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 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 de los otros dos socios, se ha de recordar la reiterada 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 la alegación sobre su falta de legitimación en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, alegación fundada, básicamente, en el incumplimiento de acuerdos sociales, pues como acertadamente mantuvo el Registrador Mercantil, esta cualidad del solicitante deriva de la propiedad que ostenta sobre un número de participaciones sociales de la compañía en una proporción representativa de al menos el 5% del capital social. Dicha titularidad no ha sido cuestionada en ningún momento por la sociedad, que se limita a negarla sobre la base de una posible imputación al valor de dichas participaciones de determinadas cantidades que el solicitante, a su entender debe, en concepto de préstamos. Pues bien, las relaciones obligacionales entre los socios solo puede dilucidarlas el Juez de lo Mercantil competente y no este

Centro Directivo, cuya competencia está delimitada en los artículos 350 a 359 del reglamento del Registro Mercantil.

3.º Por último, las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la auditoría que entiende son innecesarios y perjudiciales para la sociedad, 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 don ….. y don ….., administradores mancomunados de «Construcciones Loydo, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Ourense el 6 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Ourense.

Resolución de 3 de julio de 2013 (3.ª)

En el expediente 39/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Serinteco, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 15 de febrero de 2013 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 «Serinteco, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que conforme a la legislación vigente la sociedad que representa no está obligada a la presentación de informe de auditoría, no obstante, en la Junta General celebrada el día 10 de octubre de 2012 y sobre la base de la petición efectuada por la socia solicitante, se acordó nombrar auditor de cuentas por un periodo de tres años a partir del ejercicio que se cierre a 31 de diciembre de 2012. El Acta Notarial de la citada Junta y certificación de la sociedad auditora designada aceptando la elección de la Junta General para auditar las cuentas anuales por tres años, siendo el primer ejercicio a auditar el de 2012, fue presentada en este Registro el día 5 de diciembre de 2012, siendo calificada con defectos. Contra la calificación negativa se ha interpuesto recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado el día 1 de febrero de 2013, por lo que estando en trámite el recurso, el asiento de presentación está vigente mientras no se resuelva el mismo, de conformidad con el artículo 66 de la Ley Hipotecaria. 2.º) Que la sociedad, tal y como resulta de la documentación unida a su escrito, acordó la auditoría para el ejercicio 2012, existiendo un error mecanográfico en el Acta Notarial de la Junta, en cuanto a la fecha desde que se inicia el año a auditar.

III

La Registradora Mercantil número I de Madrid, con fecha 14 de marzo de 2013, tras señalar que el solicitante reunía las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, acordó suspender el procedimiento. Mantuvo que el motivo de oposición alegado por la sociedad, es la existencia de un auditor de cuentas nombrado voluntariamente, al ser una sociedad que no está obligada a someter sus cuentas a Auditor, para el ejercicio que se solicita sea auditado por la socia. En cuanto a ello, si bien es verdad que la existencia de una auditoría enerva el derecho del socio minoritario, dicha circunstancia ha de probarse por parte de la sociedad, pues de lo contrario se vería defraudado el derecho del socio. En este punto, y según doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado «siendo la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital facilitar a los socios minoritarios una información veraz de la situación patrimonial y financiera de la, empresa en la que participa, mediante el correspondiente informe de auditoría realizado por un experto independiente, no frustra la finalidad del precepto el origen del nombramiento –Juez, Registrador Mercantil u órganos sociales–, pues la independencia y objetividad del auditor quedan garantizadas por las propias normas legales y reglamentarias que regulan la actividad de auditoría». Ahora bien, según se ha pronunciado en innumerables ocasiones la propia Dirección General «siempre se ha exigido que dicho nombramiento satisfaga una doble condición: *a)* Que se haya contratado con anterioridad a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil; y *b)* Que se garantice ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicho informe, lo cual solo puede obtenerse mediante la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, o mediante la incorporación del informe de auditoría al expediente o bien mediante su puesta a disposición del socio». En el presente caso hay que significar 1.º) la sociedad es una sociedad no obligada a verificación contable, por lo que el nombramiento de auditor de cuentas no está sujeto a las exigencias del artículo 264 de la Ley de Sociedades Capital y 2.º). De la documentación aportada con el escrito de oposición aparece protocolizado por el notario de Madrid, don Rafael Bonardell Lonzano, el día 21 de enero de 2013, el contrato firmado entre la sociedad «Serinteco, S.L.» y la firma auditora «Compto Auditores, S.L.» para llevar a cabo la auditoría de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios de la sociedad que se cierran entre el 01 de enero de 2012 y el 31 de

diciembre de 2014 Con independencia de si el nombramiento de auditor acordado por la Junta, pueda o no inscribirse en virtud de lo que se resuelva por la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso interpuesto contra la calificación del Registrador que impide la inscripción del acuerdo de nombramiento de auditor, lo cierto es que en este trámite ha quedado acreditada la existencia de un contrato previo a la entrada de la solicitud, entre el órgano de administración de la sociedad y la firma auditora, para llevar a cabo la auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. No ocurre lo mismo en cuanto a la segunda de las condiciones doctrinales para que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas enerve el derecho del socio, relativa a garantizar al socio la existencia de dicho informe, lo cual solo puede producirse, conforme se ha indicado anteriormente, mediante la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas, la incorporación del informe correspondiente al expediente, o acreditando fehacientemente la entrega del informe a la solicitante. Pues bien, estando vigente el asiento de presentación de la documentación relativa al nombramiento de auditor de cuentas (asiento 854 del Diario 2356, número de entrada 1/2013/9465), el Registrador Mercantil que suscribe acuerda dejar en suspenso el nombramiento de auditor solicitado durante el plazo de vigencia de dicho «asiento, procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado si durante ese período no se inscribe, se aporta el informe de auditoría correspondiente o se acredita fehacientemente la entrega de dicho informe al solicitante.

IV

Contra dicha resolución la 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 todos los argumentos vertidos por la sociedad en sus documentos y escritos, no hacen sino confirmar que pretende subsanar lo insubsanable. 2.º) Que en la convocatoria de la Junta general de 20 de octubre de 2012 no constaba ningún extremo sobre el nombramiento de auditor de cuentas, acuerdo que, por lo demás, se encuentra incurso en nulidad. 3.º) Que de lo único que se trata es de que la solicitante no pueda ejercitar su derecho.

V

Con fecha de 24 de junio de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora mercantil al que adjuntó un escrito de alegaciones de doña ….. comunicando que había interpuesto una demanda de impugnación de acuerdos sociales ante el Juzgado de lo Mercantil de Madrid.

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, si bien es cierto que ha quedado acreditado que el contrato con el auditor de cuentas fue previo a la solicitud del socio minoritario, presentada el 15 de febrero de 2013, no lo es menos que no se ha cumplido la segunda de las condiciones requeridas por esta Dirección General, dado que el recurso gubernativo interpuesto contra la negativa del Registrador Mercantil número III de Madrid a inscribir los acuerdos adoptados por la Junta general celebrada el 10 de octubre de 2012, entre ellos, el de nombramiento de auditor de cuentas, elevados a escritura pública el 21 de enero de 2013, presentada el 22 de enero de ese mismo año, fue desestimado por resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de abril de 2013 (BOE número 127, de 28 de mayo de 2013). Consecuentemente, no constando en este expediente el informe de auditoría de cuentas ni tampoco que se le haya facilitado a la socia minoritaria, se ha de aceptar su pretensión y concluir que la auditoría de la sociedad no ha logrado enervar su derecho al nombramiento por el Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil de «Serinteco, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil número I de Madrid el 14 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número I de Madrid.

Resolución de 3 de julio de 2013 (4.ª)

En el expediente 40/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Doriath Solution, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Girona el 14 de febrero de 2013 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 «Doriath Solution, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

El Registrador Mercantil de Girona, con fecha 20 de febrero de 2013, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que consta inscrito el 19 de enero de 2013 el nombramiento de auditor de cuentas por la sociedad a favor de la sociedad auditora «Tax Consulting i Auditoría, S.L.» que aceptó el encargo de auditoría, mantuvo que el nombramiento voluntario de auditor por la sociedad pueda enervar el derecho del socio cuando concurren 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. Finalizó señalando que la sociedad tendrá que presentar sus cuentas anuales acompañadas del informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2012.

III

Contra dicha resolución la solicitante de la auditoría de cuentas interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando en esencia: 1.º) Que la designación de Tax Consulting i Auditoría, S. L incurre en la prohibición de incompatibilidad recogida en el apartado d) del artículo 13 del Real decreto legislativo 1/2011, de 1 de julio de Auditoría de Cuentas 2.º) Que esa misma empresa es la que desde hace años lleva la contabilidad social. Adjuntó a su escrito copia de la cuenta 400000202 que recoge los pagos realizados por la sociedad a la empresa auditora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 341, 342, 348, 357, 361, 362 y 364 del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de febrero de 2005 y 5 de noviembre de 2009.

Sobre la cuestión planteada por la recurrente cabe señalar que este Centro Directivo carece de competencias para pronunciarse sobre la posible causa de incompatibilidad del auditor de cuentas nombrado por la sociedad, dado que el artículo 6 y siguientes del Real decreto legislativo 1/2011, de Auditoría de Cuentas, citado por la recurrente, atribuye el conocimiento y resolución de las cuestiones que afecten a la actividad profesional de los auditores de cuentas al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC), organismo dependiente del Ministerio de Economía y Comercio.

Tampoco procede en este caso, la aplicación del apartado b) del artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil, dado que dicho precepto solo es aplicable cuando el auditor de cuentas designado por el Registrador Mercantil no acepte el encargo o cuando por cualquier otra causa alegada y justificada por el propio auditor, éste no pueda cumplir sus funciones.

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 «Doriath Solution, S.L. contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Girona el 20 de febrero de 2013

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

mación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Girona.

Resolución de 3 de julio de 2013 (5.ª)

En el expediente 41/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sociedad Recreativa los Juncos, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., don ….. y don ….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Ciudad Real el 6 de febrero de 2013 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 «Sociedad Recreativa los Juncos, S.A.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012. Adjuntaron a su escrito copia de la escritura de constitución de la sociedad y fotocopia de la póliza de compraventa de acciones.

II

La sociedad, a través de la Presidenta del Consejo de Administración, doña ….., se opuso a dicha pretensión negando la legitimación de los solicitantes, ya que las reglas de Régimen Interno de la sociedad señalan como causas por las que se pierde la condición de socios: «La falta de pago de las cuotas sociales durante dos trimestres». Se acompañan: los estatutos de la sociedad, las reglas de régimen interno y documentos judiciales sobre reclamación de cuotas en los que la sociedad actora desiste de la acción.

III

La Registradora Mercantil de Ciudad Real acordó, el 1 de marzo de 2013, desestimar la oposición de la sociedad, al entender que no se recogen en los estatutos inscritos causas de exclusión de los socios por lo que las consignadas en unas normas de régimen interno no producen efecto respecto de terceros. No siendo éste el cauce para determinar la certeza o

no del pago de las cuotas y sus consecuencias que, en su caso, se producirán judicialmente. Incluso en el caso de que se aceptara como causa de exclusión una causa no «onsignada en los Estatutos, esta exclusión requiere un acuerdo social artículo 352 de la LSC, requiere el abono al socio del valor de sus acciones valor que en caso de discrepancia entre socio y sociedad serán valoradas por un auditor, la reducción de capital, en su caso, y la inscripción en el Registro. Y así lo entiende también los Estatutos de la propia sociedad ya que la única referencia que en los mismos se hace a esta materia es el artículo 8 que regula los casos de transmisión forzosa diciendo en su segundo párrafo». Del mismo modo, la sociedad adquirirá a título oneroso, la acción o acciones del socio que sea apartado de la sociedad, por haber incurrido en alguna de las causas que provocan tal separación, cuando así lo establezca el régimen sancionador de las normas que le sean aplicables o en aplicación del Reglamento de Régimen Interior.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición y añadiendo que en los Estatutos Sociales se recoge que el socio pierde su condición por venta de las acciones, falta de pago de cuotas sociales, acuerdo de la Junta general a propuesta del Consejo de Administración, como resultado de un expediente sancionador. Todos y cada uno de los solicitantes del expediente ha dejado de abonar las cuotas 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, la de 19 de octubre de 2007 y 18 de julio de 2012.

Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Ciudad Real que no hace sino reiterar la doctrina mantenida por este Centro Directivo. En efecto, aún cuando constara en los estatutos sociales la causa de exclusión alegada por la sociedad, el proceso de exclusión de un socio de la compañía 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, la sociedad no ha acreditado ninguna de las circunstancias exigidas por los artículos 353 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital con las que culmina el proceso de exclusión de los socios solicitantes, por lo que no cabe sino concluir que éstos ostentan la legitimación deri-

vada de la propiedad del 5% del capital social de la compañía exigida por el artículo 265.2 de la precitada Ley de Sociedades de Capital para solicitar y obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., Presidenta del Consejo de Administración de «Sociedad Recreativa los Juncos, S.A.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Ciudad Real el 1 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de Ciudad Real.

Resolución de 4 de julio de 2013 (1.ª)

En el expediente 42/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Cañada Real Open Nature, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 13 de febrero de 2013 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y como titular del 5% del capital social de «Cañada Real Open Nature, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2005.

II

La sociedad, a través del Secretario del Consejo de Administración, don ….., se opuso a dicha pretensión negando la legitimación de la solicitante por haber transmitido sus participaciones sociales a su cónyuge, don ….. el 29 de noviembre de 2002, dándose la circunstan-

cia de que dichas participaciones han sido recientemente embargadas por la Agencia estatal de la Administración Tributaria, lo que acreditó aportando copia de la diligencia de embargo.

III

El Registrador Mercantil número XI de Madrid, con fecha 12 de marzo de 2013, acordó desestimar la oposición de la sociedad, ya que, según ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Reglamento del Registro Mercantil no ha querido ser riguroso con el socio a la hora de exigirle la acreditación formal de su condición, siendo suficiente con que aporte un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un número de acciones equivalentes, como mínimo, al 5% del capital social de la compañía y que, una vez aportado, para desvirtuar la presunción de titularidad es preciso que la sociedad pruebe, a su vez, que dicha titularidad nunca existió o se ha perdido. Se respeta así el principio de igualdad en las posiciones jurídicas de las partes en este procedimiento. En el presente caso la solicitante aportó copia de la escritura de constitución de la sociedad, de la que resulta que suscribió 75 participaciones sociales y de la inscripción número 3 de la hoja abierta a la sociedad resulta que la solicitante suscribió 15.000 nuevas participaciones sociales, equivalente al 15% del capital social. De la misma manera consta que don ….., suscribió 175 participaciones en la constitución de la sociedad y 35000 en el aumento de capital, lo que supone un porcentaje del 35% de capital. La sociedad, por su parte, no ha aportado un principio de prueba que desvirtúe dicha legitimación, limitándose a aportar copia de la diligencia de embargo de 15.075 participaciones sociales titularidad de don ….., que al no estar identificadas pueden corresponder a las suscritas por él mismo.

IV

Contra dicha resolución y por doña ….., Consejera delegada de la sociedad, «Cañada Real Open Nature, S.L.», 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: 1.º) Que la prueba documental aportada al escrito de oposición no fue adecuadamente valorada por el Registrador Mercantil, pues en el acto de constitución de la sociedad don ….., suscribió 175 participaciones en la constitución de la sociedad y 35000 en el aumento de capital, lo que supone un porcentaje del 35% de capital. doña ….. suscribió originariamente 75 participaciones sociales núms. 426 a 500, ambas inclusiva y 15.000 participaciones sociales numeradas de la 35.501 al 50.500 ambas inclusive en la posterior ampliación. 2.º) Que con fecha de 29 de noviembre de 2002 se produjo la venta de dichas participaciones a su esposo, tal como acredita el documento adjunto. Y con posterioridad se ha producido el embargo por parte de la AEAT de la totalidad de las participaciones ostentadas por don ….., mediante sendas diligencias de embargo de 4 de marzo de 2011 y 14 de febrero de 2013 que fueron notificadas a 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 24 de septiembre de 1993, 14 de junio de 1999, 2 y 9 de marzo de 2001 y 15 de octubre de 2004.

Procede confirmar en el presente expediente —y por su propio fundamento— la decisión adoptada por el Registrador Mercantil de Madrid que rechazó la alegación formulada por la sociedad que negó la legitimación de la solicitante. A dicho fundamento jurídico solo cabe añadir que la posible transacción efectuada por la solicitante de la auditoría de cuentas a favor de su cónyuge debió constar en documento público por así exigirlo la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, vigente en el momento de la referida transmisión de 29 de noviembre de 2002, que en su artículo 26.1 estableció, taxativamente, «La transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución del derecho real de prenda sobre las mismas, deberán constar en documento público. Mucho menos puede prosperar tal alegación y el documento privado en el que se funda, si se tiene en cuenta que con él se pretende desvirtuar el contenido de la hoja registral de la sociedad *(cfr.* art. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil).

Por lo que se refiere al embargo de participaciones sociales este Centro Directivo ha mantenido con reiteración que no implica la pérdida de su propiedad, ni de los derechos económicos y políticos que de las mismas se derivan, sino que es más bien una toma de razón a efectos de garantía y preferencia de la existencia de un procedimiento de apremio contra el propietario del bien embargado *(cfr.* arts. 31, 37 y 38 de la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 72 y 73 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas), y, en idénticos términos se pronuncia la vigente Ley de Sociedades de Capital en su artículo 133 que también remite a las disposiciones aplicables a la prenda de participaciones y acciones, siempre y cuando fueran compatibles con la naturaleza del embargo, siendo de advertir que la sociedad no ha acreditado en el expediente dicha pérdida por parte del solicitante de la auditoría.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., Consejera delegada de la sociedad «Cañada Real Open Nature, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número XI de Madrid el 12 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XI de Madrid.

Resolución de 4 de julio de 2013 (2.ª)

En el expediente 43/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Panadería Mendez Vegadeo, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. y doña …… presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Asturias el 7 de marzo de 2013 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 «Panadería Mendez Vegadeo, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Carencia de la documentación en la que fundan su legitimación, pues debieran haber aportado prueba por escrito; 2.º) La solicitud no indica la causa de la petición o la razón o razones para solicitar la auditoría de cuentas; 3.º) Es innecesario y económicamente injustificado proceder al nombramiento de auditor con el elevado coste económico que supone, cuando las peticionarias tienen pleno acceso a la documentación contable de la sociedad y a toda la información que precise sobre la misma. 4.º) La sociedad ha depositado siempre y en tiempo y forma las cuentas anuales.

III

La Registradora Mercantil de Asturias, con fecha 20 de marzo de 2013, 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. Tampoco puede prosperar su alegación relativa a la inexpresión de la causa en el escrito de solicitud, puesto que como también ha mantenido la 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. En cuanto a la cuestión de los gastos ocasionados también según ha señalado reiteradamente el centro directivo, los gastos de auditoría, por expresa disposición del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, corren por cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se

encuentre. En cuanto a la alegación de que las solicitantes tienen acceso directo a la contabilidad de la sociedad y a toda información que sobre la misma precisen, tal como también señala con reiteración el centro directivo, el conocimiento que ha podido tener el socio minoritario sobre la situación contable tampoco enerva su derecho, puesto que los derechos de información y auditoría, aunque relacionados, son diferentes, por su finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio, siendo así que el ejercicio de uno no impide el del otro.

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 las socias nunca manifestaron su desacuerdo con la gestión social.

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, 14 de febrero y 19 de diciembre de 2006, 21 de julio de 2010.

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

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: la escritura de constitución inscrita en el Registro Mercantil (artícu-

los 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. Por el contrario, se ha limitado a exigir la presentación de una prueba documental que ni la Ley ni el Reglamento exigen, olvidando que es ahora la sociedad la que debe de probar –y no lo ha hecho– que las socias han dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que están legitimadas para solicitar la auditoría.

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 socios minoritarios. En este hilo argumental 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, 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 265.1 de la Ley de Sociedades Capital, completamente diferente al número 2 del mismo artículo.

3.º Tampoco el conocimiento que han podido tener las solicitantes de la contabilidad social puede enervar su derecho a que dicha contabilidad sea verificada por un experto independiente, puesto que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla (cfr. arts. 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

4.º Por último, se ha de señalar que el motivo de oposición relativo a las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, tampoco puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Como ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador de «Panadería Mendez Vegadeo, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Asturias el 20 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Asturias.

Resolución de 4 de julio de 2013 (3.ª)

En el expediente 45/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hostelera Master Cinco, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 18 de marzo de 2013 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 «Hostelera Mater Cinco, S.L.» el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que los argumentos del solicitante como causa de su petición son inciertos, infundados y plagados de vaguedades que no cumplen los requisitos del artículo 351 del reglamento del Registro Mercantil. 2.º) Que es una falacia que los anteriores auditores tuvieran que solicitar una prórroga para realizar sus trabajos debido a que la sociedad no aportó la documentación que le requerían.

III

El Registrador Mercantil número XIV de Barcelona, con fecha de 11 de febrero de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo, en cuanto a las alegaciones de la sociedad de que los argumentos del socio son inciertos y falaces que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido que en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable la causa de la petición de auditoría es siempre y típicamente la misma. La inexistencia de una auditoría previa. Por eso el artículo 359 del Reglamento del Registro mercantil no exige su expresión, al tener un alcance meramente formal. El hecho de que el socio haya instado su petición de auditoría para verificar ejercicios anteriores no impide que pueda volver a reiterarla para verificar el ejercicio 2012, dado que se trata de un derecho reiterable anualmente. En cuanto a las intenciones o motivos del solicitante, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(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. Los fundamentos jurídicos anteriores harían innecesario señalar que quien dice ser representante de la sociedad no acredita la representación con la que actúa. No obstante, entiende este Registrador, que está obligado igualmente a resolver sobre el fondo de la cuestión y como quiera que atendiendo al resto de circunstancias, así como a los principios de celeridad, economía procesal y eficacia que deben presidir este expediente, y habida cuenta que aunque fuera aportada dicha documentación, el contenido de la decisión no variaría, procede la resolución del presente expediente, sin más dilaciones. Por último, señaló que no podía atenderse la petición del socio de que se nombren auditores sucesivos.

IV

Contra dicha resolución don ….., que actuó en el presente expediente como representante de la sociedad, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

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 recientes, las de 15 de abril y 22 de octubre de 2010.

1.º Aún cuando el firmante del escrito de interposición del recurso continúa sin acreditar la representación con la que actúa en nombre y por cuenta de la sociedad afectada por la solicitud, procede examinar las cuestiones de fondo planteadas en el expediente, en cumplimiento de la obligación que la ley impone a la autoridad que resuelve el recuso de decidir todas las cuestiones planteadas *(cfr.* arts. 113.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

2.º Sobre la primera de ellas, relativa a la inadecuada expresión 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– 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 argumenta se ha de 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 regula el procedimiento de las solicitudes basadas en aquel precepto legal no exige la expresión de la causa, al tener un alcance meramente formal, siendo irrelevante su inexpresión o expresión inadecuada.

3.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.

4.º Sobre la alegación social que entiende puede suponer un ejercicio abusivo del derecho las reiteradas solicitudes del mismo socio para verificar ejercicios anteriores, se ha de recordar que el derecho reconocido a las minorías de sociedades por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es un derecho reiterable para cada ejercicio económico, puesto que el legislador lo ha configurado como un derecho sujeto a un breve plazo de caducidad que solo puede ejercitarse para verificar las cuentas del ejercicio inmediatamente anterior.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en representación de «Hostelera Mater

Cinco, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil número XIV de Barcelona el 11 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XVI de Barcelona.

Resolución de 4 de julio de 2013 (4.ª)

En el expediente 46/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Asturiana de Gestión y Servicios Gereontológicos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Asturias el 12 de marzo de 2013 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 «Asturiana de Gestión y Servicios Gereontológicos, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don …..., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable, por lo que no rigen los plazos y la competencia de la Junta general para nombrar auditor de cuentas que sí están vigentes para las sociedades sujetas a esta obligación. 2.º) Que por la mismo socio solicitante se solicitó del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2011 y el nombramiento recayó en don ….. quien en el momento presente no ha finalizado sus trabajos. 3.º) Que el administrador único procedió a contratar los servicios de este mismo auditor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2012 debido a los conocimientos que ya

posé de. La empresa. Por ello, entiende que no procede un nuevo nombramiento por la Registradora Mercantil.

III

La Registradora Mercantil de Asturias, con fecha 22 de marzo de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo 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.

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 12 de septiembre de 2012 el administrador único de la sociedad procedió a contratar los servicios del auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil para verificar las correspondientes al ejercicio anterior.

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.

Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

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

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante. En primer lugar, respecto al requisito de anterioridad, ninguno de los documentos que la sociedad aporta contienen fecha fehaciente que permita determinar si fue o no previo a la solicitud, presentada el 12 de marzo de 2013, salvo la de presentación en el Registro Mercantil junto con el escrito de oposición a la solicitud de 20 de marzo de 2013. En efecto, el certificado del administrador único es un documento privado que, además, no tiene firma legitimada; y lo mismo ocurre con el contrato suscrito por el administrador y don ….. *(cfr.* art. 1.227 del Código Civil). Tampoco se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012, puesto que no se ha promovido la inscripción del nombramiento, ni durante la tramitación del procedimiento se ha incorporado al expediente, no tampoco se acredita que se le haya facilitado al socio minoritario. Por tanto, debe reconocérsele su dere-

cho a solicitar y obtener el 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 ….., administrador único de «Asturiana de Gestión y Servicios Gereontológicos, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Asturias el 22 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Asturias.

Resolución de 4 de julio de 2013 (5.ª)

En el expediente 47/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Llanreted, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Asturias el 12 de marzo de 2013 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 «Llanreted, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable, por lo que no rigen los plazos y la competencia de la Junta general para nombrar auditor de cuentas que sí están vigentes para las sociedades sujetas a esta obligación. 2.º) Que por la mismo socio solicitante se solicitó del Registrador Mercantil el nombramiento de un audi-

tor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2011 y el nombramiento recayó en don ….. quien en el momento presente no ha finalizado sus trabajos. 3.º) Que el administrador único procedió a contratar los servicios de este mismo auditor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2012 debido a los conocimientos que ya posé de. La empresa. Por ello, entiende que no procede un nuevo nombramiento por la Registradora Mercantil.

III

La Registradora Mercantil de Asturias, con fecha 22 de marzo de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo 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.

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 12 de septiembre de 2012 el administrador único de la sociedad procedió a contratar los servicios del auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil para verificar las correspondientes al ejercicio anterior.

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.

Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

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

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante. En primer lugar, respecto al requisito de anterioridad, ninguno de los documentos que la sociedad aporta contienen fecha fehaciente que permita determinar si fue o no previo a la solicitud, presentada el 12 de marzo de 2013, salvo la de presentación en el Registro Mercantil junto con el escrito de oposición a la solicitud de 20 de marzo de 2013. En efecto, el certificado del administrador único es un documento privado que, además, no tiene firma legitimada; y lo mismo ocurre con el contrato suscrito por el administrador y don ….. *(cfr.* art. 1.227 del Código Civil). Tampoco se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012, puesto que no se ha promovido la inscripción del nombramiento, ni durante la tramitación

del procedimiento dicho informe se ha incorporado al expediente, ni tampoco se acredita que se le haya facilitado al socio minoritario. Por tanto, debe reconocérsele su derecho a solicitar y obtener el 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 ….., administrador único de «Llanreted, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Asturias el 22 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Asturias.

Resolución de 4 de julio de 2013 (6.ª)

En el expediente 52/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Nuevas Actividades Contructivas, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Vitoria el 21 de marzo de 2013 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 «Nuevas Actividades Contructivas, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de

las cuentas de 2012 a don ….. inscrito en el ROAC. Adjuntó a su escrito como prueba documental otro emitido por el auditor de cuentas de 27 de marzo de 2013.

III

El Registrador Mercantil de Vitoria, con fecha 2 de abril de 2013, 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 resulta acreditado fehacientemente que el nombramiento y la aceptación del auditor de cuentas hayan sido anteriores a la presentación de la solicitud del socio minoritario, ni tampoco se ha garantizado el derecho del socio al informe de la auditoría de las cuentas del ejercicio 2012.

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 la sociedad ha acreditado la anterioridad del nombramiento voluntario efectuado mediante el certificado de 27 de marzo de 2013, adjunto al escrito de oposición, del que se desprende que la contratación se realizó en el año 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 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 exigidas por esta Dirección General para enervar el derecho del solicitante. En primer lugar, el certificado del auditor es un documento privado en el que consta como primera fecha dotada de fehaciencia la de presentación en el Registro Mercantil, adjunto al escrito de oposición a la solicitud *(cfr.* art. 1.227 del Código Civil). En segundo lugar, la sociedad no ha garantizado el derecho del solicitante por ninguno de los medios anteriormente relacionados, puesto que no promovió la inscripción del nombramiento de auditor, ni aportó al expediente durante el procedimiento el informe de auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2012, ni tampoco hay constancia en este expediente que se lo haya facilitado al socio minoritario, por lo que debe serle reconocido el derecho 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 ….., administrador solidario de «Nuevas Actividades Contructivas, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Vitoria el 2 de abril de 2013.

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

mación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Vitoria.

Resolución de 4 de julio de 2013 (7.ª)

En el expediente 54/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Origami Estudio, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia el 19 de febrero de 2013 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 «Origami Estudio, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que ha sido imposible contactar con el solicitante desde que causó baja en la sociedad. 2.º) Que siempre se ha facilitado toda la documentación fiscal y contable, estando las cuentas anuales debidamente presentadas. 3.º) Que en la actual situación de crisis económica la sociedad carece de tesorería para hacer frente al elevado costo que supone una auditoría.

III

La Registradora Mercantil de Valencia, con fecha 22 de marzo de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que la solicitud de auditoría de cuentas no supone ninguna medida excepcional. Con independencia de que la sociedad nunca haya negado información al solicitante, el derecho que tienen los socios a solicitar auditor de cuentas es distinto al de información y examen de las cuentas. En cuanto a los gastos de auditoría, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone, taxativa-

mente, que éstos corren siempre de cuenta de la sociedad. Por último, en cuanto al ánimo de perjudicar a la sociedad, 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.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social 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 la sociedad pudo comunicar con el letrado del solicitante y puso en su poder toda la documentación de que dispone 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, 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 esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre al conocimiento que la sociedad puede facilitar al socio de la documentación contable, se ha de recordar al recurrente que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, tampoco puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Como ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2012.

3.º Por último, en cuanto al posible ánimo del solicitante de frenar la marcha de la empresa, se ha de señalar 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador único de «Origami Estudio, S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Valencia de 22 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 4 de julio de 2013 (8.ª)

En el expediente 56/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Promociones Inmobiliarias Virrey Nueve, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 26 de febrero de 2013 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular del 5% del capital social de «Promociones Inmobiliarias Virrey Nueve, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de sus administradoras mancomunadas, doña ….. y doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que la solicitud adolece de graves defectos formales, dado que no indica el motivo por el que se formula la petición, ni adjunta a la instancia la documentación acreditativa de la condición de socio. 2.º) Que la sociedad por sus características y volumen de negocio no está sujeta a la verificación contable. 3.º) Que no dispone de liquidez para hacer frente al pago de los honorarios del auditor que nombre el Registrador Mercantil.

III

La Registradora Mercantil número X de Barcelona, con fecha 18 de marzo de 2013, acordó desestimar la oposición de 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 supuesto que nos ocupa la prueba de la legitimación del solicitante deriva de los propios datos registrales, sin que tenga ningún sentido aportar un documento ya inscrito, como son sociedad. 2.º De conformidad con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado deben reputarse como principio de prueba por escrito los asientos del Registro –artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil–, además de la declaración del socio solicitante, bajo su responsabilidad, de ostentar, la titularidad de más del 5% del capital social de la referida mercantil, no siendo taxativos los medios que pueda utilizar el mismo para fundamentar su legitimación. En cambio la sociedad se limita a cuestionarla, sin aportar medio de prueba suficiente que desvirtúe tal legitimación que surge del Registro Mercantil; por lo que no cabe sino reconocer que está legitimado para solicitar la auditoría, (pueden verse al respecto Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 2 y 12 de junio de 2009 y 3 de mayo de 2010, entre otras). Respecto a la alegación de que no expresa la causa de la pretensión la Dirección General de los Registros y del Notariado (pueden verse al respecto las Resoluciones de fechas de 28 de septiembre de 2010 y 8 de febrero y 23 de marzo de 2011, entre otras) señala que la causa de la solicitud del articulo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de

auditoría. A mayor abundamiento, el Reglamento del Registro Mercantil no exige la expresión, de carácter puramente formal, de la causa que motiva la solicitud cuando se trata, como en el caso que nos ocupa, de sociedades no obligadas a verificación contable por parte del auditor y, por ello, no lo exige texto reglamentario que instrumenta, precisamente las solicitudes basadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. El artículo 351.1.3.ª del Reglamento del Registro Mercantil, correctamente interpretado, exige necesariamente su conexión con el artículo 350 del citado reglamento –que se refiere exclusivamente a las sociedades obligadas a verificación– y que enlaza a su vez con el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, supuesto en el que la mención de la causa de la petición adquiere sentido, porque, al poder ser varias, ha de comprobarse si la solicitud está justificada o no. En relación a la manifestación de la oponente relativa a que la sociedad no está obligada a verificar sus cuentas, dicha alegación no representa obstáculo alguno a la solicitud porque las sociedades que, en principio, no están obligadas a la verificación contable, al poder presentar sus cuentas en el Registro Mercantil en forma abreviada, pasan a estarlo cuando, en base al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, lo solicita un número de socios que representen al menos el 5% del porcentaje del capital social y presenten su instancia en el Registro Mercantil en los tres meses siguientes del cierre del ejercicio social (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 19 de febrero de 2009 y 23 de junio de 2010, entre otras). En cuanto a los costes de la auditoría que debe afrontar la sociedad que está atravesando una delicada situación financiera, no disponiendo en la actualidad de liquidez suficiente, dado que los únicos bienes de que dispone son inmobiliarios y en el momento económico actual absolutamente ilíquidos; hay que señalar, que el solicitante del presente expediente ha optado por ejercer el derecho que le concede el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y lo que el legislador ha querido, y así lo señala expresamente el citado artículo 265.2, sin que quepa margen interpretativo alguno, es 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 18 de junio de 2009, 24 de marzo de 2010 y 21 de julio de 2011, entre otras).

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social 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: 1.º) Que la resolución recurrida incumple lo preceptuado en el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil. 2.º) Que la solicitud supone un ejercicio abusivo del derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas. 3.º) Que la sociedad nunca vulneró el derecho de información del socio.

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 septiembre de 1993, 14 de junio de 1999, 2 y 9 de marzo de 2001 y 15 de octubre de 2004.

1.º Acreditada en el expediente la legitimación del solicitante por constar en las escrituras de constitución y de aumento de capital social, inscritas en la hoja registral de la sociedad, procede determinar en esta resolución si las omisiones y defectos de la instancia alegados por la sociedad, pueden impedir que el socio minoritario ejercite su derecho.

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las características básicas de este procedimiento, manteniendo que el Reglamento del Registro Mercantil no ha querido ser riguroso en cuanto a las exigencias formales con los interesados y, por tanto, ha diseñado un procedimiento antiformalista y ágil, de manera que el socio que ostenta el derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pueda ejercer sin dificultad su derecho. Por ello, los datos completos del domicilio, denominación de la sociedad afectada por su solicitud tienen la única finalidad de permitir al Registrador su identificación a fin de que pueda trasladarle la presentación de la instancia para que, en su caso, ejerza si lo considera oportuno su derecho de oposición a la misma. Los datos de la sociedad que constan en la instancia presentada por el socio minoritario han permitido la perfecta identificación registral de la sociedad, de tal manera que todos los derechos que a su favor establece el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil han sido ejercidos por ésta en el momento procedimental oportuno.

2.º Cuestión íntimamente unida a la anterior es la relativa a la inexpresión de la causa de la petición. Sobre esta cuestión también se ha pronunciado esta Dirección General mantenido que el precepto concreto aplicable a las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital no exige la expresión, de carácter puramente formal, de la causa que motiva la petición, por tratarse, como en el caso que nos ocupa, de sociedades no obligadas por ley a verificación contable. El artículo 351.1.3.ª del Reglamento del Registro Mercantil, correctamente interpretado, exige su conexión con el artículo 350 del citado reglamento –que se refiere exclusivamente a las sociedades obligadas a verificación– y que enlaza a su vez con el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, supuesto en el que la mención de la causa de la petición adquiere sentido, porque, al poder ser varias, ha de comprobarse si la solicitud está fundada en alguno de los presupuestos de hecho que dicho precepto regula.

3.º Las intenciones de los solicitantes ni el supuesto abuso de derecho que alega la sociedad, pueden examinarse 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.

4.º Por último, se ha de señalar que el motivo de oposición relativo a las dificultades económicas de la sociedad para costear los gastos de la auditoría, tampoco puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Como ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….. y doña ….., administradoras mancomunadas de la sociedad «Promociones Inmobiliarias Virrey Nueve, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número X de Barcelona el 18 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número X de Barcelona.

Resolución de 4 de julio de 2013 (9.ª)

En el expediente 57/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Turismo Interior, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., administradora solidaria de «Ausinco, S.A.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Cuenca el 31 de enero de 2013 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 «Turismo Interior, S.A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2012. Adjuntó a su instancia testimonio notarial de la escritura pública de compraventa de acciones otorgada el 10 de mayo de 1989 ante el notario de Madrid, D. Augusto Gómez Martinho Faerna.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ……, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Falta de legitimación de la entidad mercantil «Ausinco, S.A.», puesto que, de acuerdo con los Estatutos Sociales, la condición de socio se acredita mediante la exhibición de títulos nominativos o de sus resguardos provisionales emitidos por la sociedad o por la confrontación del Libro registro de socios, siendo así que el solicitante no ha fundado su legitimación en ninguno de los anteriores medios, sino que se ha limitado a desenterrar su escritura pública de 1989. La condición de socio debe ser reconocida por los órganos de gestión y/o gobierno de la sociedad y si la sociedad no ha certificado que el solicitante no es socio es que carece de legitimación para instar el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil. 2.º) Que la propia solicitante de auditor, «Ausinco, S.A.», certifica a través de sus Administradores en sus Cuentas Anuales que no es titular de acciones de otras sociedades, con la debida publicidad registral para conocimiento del público en general, pese a haberse expedido segunda copia parcial del título ahora esgrimido a favor de la misma con carácter previo a la formulación de cuentas del ejercicio 2009 (diciembre de 2009), manteniéndose la negación de titularidad en las de ese ejercicio y en las del ejercicio 2010; «Turismo Interior, S.A.», ha negado y niega la condición de accionista de «Ausinco, S.A.», situación que es plenamente coincidente con la indeterminación calculada de la solicitud en cuanto a la concreta causa por la que articula la petición, al ser «Ausinco, S.A.», desconocedora de cualquier aspecto de la vida social de «Turismo Interior, S.A.», por no estar integrada en su capital social. 3.º) Consideramos que se está exigiendo por «Ausinco, S.A.», una actuación del Sr. Registrador en la que tendría que atribuírsele funciones jurisdiccionales que no le competen ni le corresponden, al optar por prescindir totalmente de la declaración del legal representante de «Turismo Interior, S.A.», y aceptar una condición de socio que es negada hasta la saciedad, quedando en todo caso abierta la vía judicial a «Ausinco, S.A.», si pretende acreditar su condición de socio y los efectos de todo orden que derivarían de dicha condición. Lo que no se le puede dar es inmediata y directa virtualidad a su condición de socio en sede registral frente a la ausencia de acreditación en legal forma de la condición de socio, una vez negada por «Turismo Interior, S.A.», bajo las responsabilidades de todo orden derivadas de dicha manifestación.

III

El Registrador Mercantil de Cuenca, con fecha 26 de marzo de 2013 desestimó la oposición de la sociedad por reunir la entidad mercantil solicitante de la auditoría las circuns-

tancias de capital y tiempo que la Ley exige, sin que pueda prosperar la alegación de falta de legitimación. Señaló que el hecho de que en el Libro registro de acciones nominativas no figure la entidad mercantil solicitante no puede admitirse, pues ello equivaldría a dejar en manos de la mayoría el ejercicio de un derecho que la ley le atribuye a la minoría. Al haber aportado el solicitante testimonio notarial de la escritura pública de compraventa de acciones liquidada en Hacienda. En cuanto a la manifestación hecha en las cuentas 2009 y 2010 de la sociedad «Ausinco, S.A.» de que la misma no es titular de acciones de ninguna otra sociedad, no parece cierto, según la escritura de compraventa de acciones aportada.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, en principio, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Entiende que la resolución registral no puede presumir la legitimación del solicitante cuando el órgano de administración social no lo hace.

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 y 21 de mayo de 2007,11 de diciembre de 2009 y 13 de abril de 2013.

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

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: la escritura pública de compraventa de acciones otorgada el 10 de

mayo de 1989 ante el notario de Madrid, don Augusto Gómez Martinho Faerna, con el número 884 de su protocolo, con la liquidación del impuesto correspondiente, de 8 de mayo de 2012, sin que la sociedad, por su parte, haya aportado prueba alguna demostrativa de que la compañía peticionaria hubiera perdido el porcentaje de participación social que alegó o la condición de socia.

En contra de lo que la sociedad entiende, la condición de socio no la confiere el reconocimiento por el órgano de administración de tal condición, sino la propiedad sobre las acciones y dicha titularidad dominical ha sido suficientemente acreditada por la entidad mercantil solicitante de la auditoría. En definitiva, las alegaciones del recurrente no pueden prosperar porque intentan trasladar al peticionario de la auditoría la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni reglamentariamente, olvidando que éste ya ha demostrado su condición de socio y su titularidad sobre, al menos, el 5% de capital social. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar –y no lo ha hecho– que el accionista ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que esta legitimado para solicitar la auditoría.

Además de lo señalado en el párrafo precedente esta Dirección General ha rechazado, y lo hace nuevamente, porque significaría dejar al arbitrio de una de las partes –la sociedad– el ejercicio de un derecho que la Ley reconoce a la otra –el–, que la única forma de acreditar la condición de socios sea la que resulta del libro registro a que se refiere el artículo 104 la Ley de Sociedades de Capital o, la exhibición de los títulos o el libro registro de acciones nominativas a que se refiere el artículo 116 de esta misma ley.

2.º La segunda cuestión planteada es la relativa a la causa de la solicitud que a juicio de la sociedad es confusa, También sobre cuestión 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– conforme a la cual, 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 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 legal no exige la expresión, de alcance meramente formal, de la causa, sin que quepa aplicar por analogía la regulación contenida en 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 Por último, se han de rechazar las alegaciones de la sociedad sobre el contenido de la memoria de las cuentas anuales de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, depositadas en ese Registro, dado que el limitado ámbito de conocimiento que el Reglamento del Registro Mercantil atribuyen a este procedimiento, impiden al Registrador Mercantil y a este

Centro Directivo valorar y resolver sobre cuestiones distintas a las referidas a las condiciones que reúnen los socios para el ejercicio del derecho y, su caso, las causas de enervación por la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador único de «Turismo Interior, S.A.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Cuenca el 26 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Cuenca.

Resolución de 5 de julio de 2013 (1.ª)

En el expediente 49/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pago de Almaraes, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Granada el 19 de febrero de 2013 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 «Pago de Almaraes, S.L.» el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2011.

II

La sociedad, a través del Presidente y Consejero Delegado del Consejo de Administración, do….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que siempre se ha facilitado al solicitante toda la documentación fiscal y contable, sin que éste haya hecho uso

de su derecho de información. 2.º) Que la sociedad carece de liquidez para hacer frente al elevado costo que supone una auditoría de cuentas. 3.º) Que la Junta general de la sociedad, celebrada el 13 de febrero de 2013, ha nombrado auditor de cuentas voluntario a un precio más económico. 4.º) Que el Sr. Castillo Garofano es el único socio que está incumpliendo sus deberes con la sociedad, actuando en contra de sus intereses y causándole gastos que se podrían evitar.

III

El Registrador Mercantil de Granada, con fecha 9 de marzo de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, con independencia de que la sociedad nunca haya negado información al solicitante, el derecho que tienen los socios a solicitar auditor de cuentas 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 que, aunque complementarios, resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. En cuanto a las intenciones que haya podido tener el solicitante, 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, también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados *(cfr.* art. 1.902 del Código Civil). Respecto a la auditoría voluntaria, señaló que para que ésta pudiera enervar los derechos del socio debía reunir dos condiciones, a saber: 1) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 2) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En el caso que no ocupa, se deduce con claridad del expediente, que tanto la petición y su presentación en el Registro Mercantil de la solicitud, así como la certificación relativa a la Junta General celebrada el 13 de febrero de 2013, son igualmente de fecha «13 de febrero de 2013», si bien la solicitud ha sido presentada con anterioridad a la certificación de la Junta, e incluso a la celebración de ésta, va que la solicitud se presenta a las 9:17 horas, v la certificación a las 16:50 horas. y en la referida certificación se hace constar por el Secretario, Sr. ….., con el V.º B° de su Presidente, Sr. ….., que la Junta fue convocada el 28 de enero para celebrarse a el 13 de febrero a las 11:00 horas, es decir, la solicitud ya había sido presentada en el Registro Mercantil, antes del nombramiento del auditor por la Junta General, y por tanto la aceptación del auditor es también posterior. Por otro lado, tampoco se ha garantizado ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, al no darse ninguno de los tres requisitos alternativos mencionados, ya que la inscripción del nombramiento de auditor aún no se ha producido habiendo sido calificado dicho documento calificado como defectuoso con fecha 19 de febrero de 2013, y estando aún a esta fecha a disposición del interesado para su subsanación sin que aún haya sido retirado, y además tampoco se ha puesto a disposición del solicitante el informe de auditoría, ni se ha incorporado al expediente a esta fecha. Además para mayor abundamiento, por aplicación del «fundamental

principio de prioridad» reconocido en el artículo 10 del RRM, en su párrafo segundo dice: «El documento que acceda primeramente al Registro será preferente sobre los que accedan con posterioridad, debiendo el Registrador practicar las operaciones regístrales correspondientes según el orden de presentación», resulta claro que los documentos presentados con posterioridad no pueden ser tenidos en cuenta.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadió que la petición del socio minoritario se realizó el mismo día de la celebración de la Junta general que acordó por mayoría el nombramiento voluntario de auditor 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 No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Por lo que se refiere al derecho de información que ostenta el socio minoritario y que, según lo manifestado por la sociedad, nunca ejercitó, cabe señalar que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Frente a la alegación que cuestiona la buena fe del solicitante por el hecho de entender necesaria la auditoría, se ha de oponer la doctrina mantenida reiteradamente 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 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, también procede confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Granada que rechazó anteponer la auditoría voluntaria de la sociedad a la petición del socio minoritario, como la sociedad pretendía. En efecto, es doctrina de este Centro Directivo que, para que la auditoría voluntaria contratada por la sociedad pueda enervar el derecho del socio 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, dado que el socio y la sociedad presentaron, respectivamente, su instancia solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas y la documentación para promover la inscripción del nombramiento de auditor en la hoja registral de la sociedad en el mismo día, debe atenderse a la hora de presentación en el Registro mercantil, de tal manera que la solicitud ha sido presentada con anterioridad a la certificación de la Junta, e incluso a la celebración de ésta, ya que la solicitud se presentó a las 09:17 horas, v la certificación a las 16:50 horas; y en la referida certificación se hace constar por el Secretario, Sr. Cuesta Aguilera, con el Vº B° de su Presidente, Sr. Rivera Navarro, que la Junta fue convocada el 28 de enero para celebrarse el 13 de febrero a las 11:00 horas, es decir, la solicitud ya había sido presentada en el Registro Mercantil, antes del nombramiento del auditor por la Junta General, y por tanto la aceptación del auditor es también posterior.

Tampoco la sociedad ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría pues la documentación presentada para la inscripción del nombramiento de auditor fue calificada con fecha 19 de febrero de 2013, y en el momento en que el Registrador Mercantil resolvió, éstos no fueron subsanados por la sociedad. Y, en el momento de resolverse el presente recurso de alzada no hay constancia en el expediente del informe de auditoría, ni de que se le haya facilitado al socio solicitante, por lo que debe serle reconocido el derecho al nombramiento registral que solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., Presidente y Consejero Delegado del Consejo de Administración de «Pago de Almaraes, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Granada el 9 de marzo de 2013.

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

impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registradora Mercantil de Granada.

Resolución de 5 de julio de 2013 (2.ª)

En el expediente 59/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Neworld Toys, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., doña ….. y don ….., presentaron un escrito el 4 de febrero de 2013 en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canarias solicitando, como titulares de más del 5% del capital social de «Neworld Toys, 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 para que verificara las cuentas sociales correspondientes los ejercicios 2009, 2010, 2011 y 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia, que el único ejercicio que los solicitantes pueden legalmente auditar es el último vencido, es decir, el 2012. Así resulta del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil de las Palmas de Gran Canaria, con fecha 6 de abril de 2010, desestimó la solicitud de nombramiento registral de auditor para los ejercicios 2009, 2010 y 2011 por entender que respecto de éstos la solicitud fue extemporánea, al haber transcurrido los tres meses establecidos en artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para solicitar al Registrador Mercantil del domicilio social el nombramiento de auditor de cuentas. Sin embargo, el Registrador Mercantil estimó la solicitud de auditoría de las cuentas

anuales del ejercicio 2012, dado que para este ejercicio no había transcurrido el plazo de tres meses previsto en la ley para presentar la solicitud en el Registro Mercantil.

IV

Contra dicha resolución los solicitantes del nombramiento de auditor de cuentas, doña …., doña ….. don ….., interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis que la sociedad en la convocatoria de la Junta general publicada en el BORME el 27 de febrero de 2012, el punto 5.º del orden del día recoge: «ratificación de la aprobación de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2009 y 2010. Por tanto, si en febrero de 2012 se aprueban las cuentas del 2010, se debe acceder a la verificación por auditor de cuentas de dichos años.

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 y 30 de noviembre de 2005 y como más reciente la de 27 de abril de 2010.

El presente recurso plantea una cuestión relativa al propio 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. Para resolverla se ha de recordar que 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.

En atención a lo expuesto, no puede prosperar la pretensión de los recurrentes. Y ello, en primer lugar, porque la voluntad del legislador es permitir que los socios de sociedades no obligadas por ley a la verificación, puedan

ejercitar este derecho solo respecto del último ejercicio económico vencido. En segundo lugar, porque la sociedad puede adoptar en Junta general los acuerdos que tenga por conveniente, pudiendo los administradores sociales convocarla también para ratificar otros acuerdos ya adoptados como puede ser el /los de aprobación de las cuentas correspondientes a ejercicios anteriores.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., doña ….. y don ….., solicitantes de la auditoría de cuentas para «Neworld Toys, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Las Palmas el 19 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Granada.

Resolución de 8 de julio de 2013 (1.ª)

En el expediente 53/2013 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de un socio de «Almacenes Industriales Lasarte, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Guipúzcoa, el 22 de marzo de 2013 solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de sus participaciones sociales en la entidad mercantil «Almacenes Industriales Lasarte, S.A.», con el fin de transmitirlas, ejercitando el derecho de separación del socio, reconocido por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Alegó que a Junta general de la sociedad celebrada el 18 de junio de 2011 decidió la aprobación de las cuentas anuales y la no distribución de dividendos, siendo rechazada su propuesta formulada en sentido contrario. Dentro del plazo conferido por el artículo 348 bis) de la Ley de Sociedades de Capital notificó al órgano de administración social su derecho de separación, a fin de que pudieran consensuadamente, establecer los términos y las condiciones de la

misma. Ante la falta de acuerdo, solicitó el día 31 de mayo de 2012 la inclusión en el Orden del día de la convocatoria de la Junta General a celebrar en los seis primeros meses del año la decisión sobre las condiciones de su separación, siendo así que en la Junta general de 27 de julio de 2012, durante la celebración de la Junta y en el examen del punto 6.5, se rechazó cualquier acuerdo referente al derecho planteado.

II

El Registrador Mercantil de Guipúzcoa con fecha de 26 de marzo de 2013 acordó no tramitar la solicitud al no ser aplicable el precepto en que se basa su ejercicio.

III

Contra dicha resolución, don ….., solicitante del nombramiento registral de auditor de cuentas para determinar el valor de sus acciones, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando los hechos y fundamentos de derecho que alegó en su solicitud. Añadió que en la Junta General de la sociedad celebrada el 27 de julio de 2012, la sociedad acordó la ampliación de capital social con el fin de dejar reducido su porcentaje de participación en el mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 348 *bis)* y 353 de la Ley de Sociedades de Capital, 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de febrero de 1993, 20 de enero de 1998 y, como más reciente, la de 2 de marzo de 2002, 17 de octubre de 2006.

Procede determinar en esta resolución si estamos o no en presencia de uno de los supuesto establecidos en la Ley para la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas con el fin de 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 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 recurrente de que el Registrador Mercantil nombre auditor de cuentas para determinar el valor de sus acciones tiene su fundamento en la Junta general de la sociedad celebrada el 27 de julio de 2012 en la que, por mayoría de capital, la sociedad no aceptó

la separación social que planteó el socio, ante la concurrencia del supuesto de hecho previsto en el artículo 348 bis) de la Ley de Sociedades de Capital, acaecido en el año anterior, es decir, en la Junta general celebrada en el 2011.

Pues bien, dado que el 27 de julio de 2012 no estaba vigente el artículo 348 bis) de la Ley de Sociedades de Capital, invocado por el solicitante como fundamento jurídico de su pretensión, por haber sido suspendida su vigencia por 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, desde su entrada en vigor el 24 de junio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2014, se ha de concluir que no concurre el «caso legal» exigido por el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil para la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas con la finalidad de determinar el valor aproximado de las acciones del socio.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en representación de la entidad mercantil «Almacenes Industriales Lasarte, S.A.», contra la decisión Registrador Mercantil de Guipúzcoa, con fecha 26 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Guipúzcoa.

Resolución de 8 de julio de 2013 (2.ª)

En el expediente 55/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Calaceite, S.L.».

HECHOS

I

Don …..y doña ….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Málaga el 26 de febrero de 2013 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capi-

tal y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Calaceite, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión negando la legitimación de los solicitantes por carecer de la condición de socios de la compañía. Adjuntó a su escrito de oposición copia del burofax que remitió a los Srs. Rosado Santiago recordándoles la obligación que asumieron de retrotraer a su favor la titularidad de tales participaciones sociales a su requerimiento.

III

El Registrador Mercantil de Málaga, con fecha 14 de marzo de 2013, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Mantuvo que de los archivos del registro, en la hoja abierta a la sociedad, de su inscripción 6.ª resulta que la Junta general de 11 de diciembre de 2004, entre otros acuerdos adoptó por unanimidad el de aumentar el capital social de la compañía mediante la emisión de seis mil sesenta participaciones sociales (6.060) por valor de quinientos euros cada una; las participaciones 4071 a 5050, inclusive, fueron suscritas por don …..; y las participaciones 5051 a 6030, ambas inclusive, fueron suscritas por doña ….., valoradas en cuatrocientos noventa mil euros, perteneciéndoles por tanto a cada socio una cuota de 16,171617% del capital social. Los acuerdos de dicha Junta General fueron elevados a públicos en virtud de escritura de 18 de marzo de 2005, ante el notario de Málaga, don Vicente José Castillo Tamarit, bajo el número 706 de su protocolo notarial. La legitimación de los solicitantes viene referida al momento de la presentación de la solicitud. Según consta en el Registro los solicitantes son titulares de más del 5% del capital social.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, la alegación formulada en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducida en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió como fundamento del recurso los argumentos de la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas número 332/2011, de 11 de octubre.

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 de 2006 y 19 de diciembre de 2006 y 6 de mayo de 2010.

Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Málaga que, a la vista de los datos registrales de la sociedad, mantuvo la legitimación de los solicitante por haber acreditado su condición de socios que les otorga la propiedad de las participaciones sociales y también su legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador, dado que consta inscrita la escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales adoptados por la sociedad de la que resulta que en la ampliación de capital acordada, los solicitantes adquirieron, cada uno de ellos, el número de participaciones sociales que consta en el acuerdo recurrido *(cfr.* hechos III).

Sobre las alegaciones del recurrente relativas el incumplimiento por parte de los solicitantes de ciertos pactos alcanzados con la representación recurrente o con la propia sociedad se ha señalar que este Centro Directivo carece de competencia para dilucidar dichas cuestiones por ser ajenas a este procedimiento de nombramiento registral de auditor y porque, al versar sobre el cumplimiento de determinadas obligaciones dimanantes de los acuerdos privados alcanzados entre las partes, su conocimiento está atribuido a jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil *(cfr.* artículo 84 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 45 de la Ley 1/2000, de 20 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de «Calaceite, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número I de Málaga el 14 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Málaga.

Resolución de 8 de julio de 2013 (3.ª)

En el expediente 58/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Parque Sierra Promociones Inmobiliarios, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., como administradora única de la entidad mercantil «Grupo Asesores, S.A.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 27 de febrero de 2013 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Parque Sierra Promociones Inmobiliarios, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que no se expresa la causa de la solicitud. 2.º) Que, dado que el ejercicio económico coincide con el año natural, la administración social no ha formulado las cuentas correspondientes a 2012 por no haber vencido el plazo legal para ello y, por tanto, la Junta General que las debe de aprobar no ha sido convocada. 3.º) Que la falta de depósito de cuentas de los ejercicios anteriores obedece a las solicitudes de auditoría instadas por el socio minoritario para verificar los ejercicios anteriores 2010 y 2011.

III

El Registrador Mercantil número III de Madrid, el 26 de marzo de 2013, 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. Tras señalar que los solicitantes reunían los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que la alegación de que los solicitantes no expresan la causa de la solicitud, no podía ser admitida, puesto que en aquellas fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, la causa es siempre la misma: la inexistencia de una auditoría previa, siendo así que el artículo 359 del reglamento del Registro Mercantil no exige su expresión, de alcance puramente formal. El hecho de que las cuentas anuales no hayan sido formuladas por no haber vencido el plazo legal para ello es irrelevante en este procedimiento. La solicitud debe presentarse dentro de los tres primeros meses siguientes al vencimiento del ejercicio económico cuya auditoría se solicita. Por otro lado, que las cuentas no estén formuladas condiciona el trabajo del auditor pero no su nombramiento.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando literalmente las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadió que la auditoría de cuentas para el ejercicio 2012 comprometería aún más la delicada situación de tesorería que vive 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.

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 intrascendente 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 no 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 llevado o no por la administración social de manera ajustada a derecho, para fundamentar, en su caso, futuras acciones de responsabilidad de los administradores sociales.

3.º De la misma manera, el hecho de que, obviamente, no haya sido convocada la Junta general para la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012 no debe considerarse un obstáculo para el ejercicio de un derecho que solo está condicionado a que los peticionarios reúnan las circunstancias de capital y tiempo que se mencionan en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, sin que haya de esperarse a la previa celebración de la Junta para solicitarlo al Registrador Mercantil. Muy por el contrario, básicamente lo que la Ley ha pretendido con este derecho, aunque puede cumplir otras finalidades, es, precisamente, que los socios puedan disponer de dicho informe antes de la celebración de dicha Asamblea general con el fin de proceder –con mayor cocimiento de causa– a la aprobar o no las cuentas anuales que les presentan el órgano administración.

4.º Por último, las dificultades económicas de la sociedad para costear los gastos de la auditoría, puede enervar el derecho del socio minoritario pues, como ha mantenido este Centro Directivo 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don Jesús Félix Fernández Hijicos Mayorga, administrador único de «Parque Sierra Promociones Inmobiliarios, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil número III de Madrid el 26 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número III de Madrid.

Resolución de 8 de julio de 2013 (4.ª)

En el expediente 60/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Calderería Zaher 2001, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Guipúzcoa el 1 de marzo de 2013 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 «Alderería Zaher 2001, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el socio está perfectamente informado de la documentación contable de la sociedad, en particular de las cuentas del ejercicio 2012. 2.º) Que la única finalidad del solicitante es presionar a los socios para obtener un sobreprecio por la venta de sus participaciones sociales y también la de causar un gasto a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil Guipúzcoa, con fecha 26 de marzo de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones del solicitante, 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 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, 3 de mayo de 2009 y 19 de noviembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la alegación referida el conocimiento que el socio tiene de la documentación contable de la sociedad, cabe señalar que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones exigidas por el precitado artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, tanto en el caso de que hayan solicitado información al órgano de administración social, como en el caso de que no la hayan reclamado pues los administradores son, en última instancia, quienes deben proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe del solicitante, pues como acertadamente señaló el Registrador Mercantil recor-

dando la doctrina de esta Dirección General las motivaciones que llevan al socio a solicitar la auditoría de cuentas no pueden examinarse 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 no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y la ley 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, pues quien se sienta perjudicado siempre tendrá expedita la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º Por último, se ha de señalar que el motivo de oposición relativo a las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, tampoco puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor. Como también ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de «Calderería Zaher 2001, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil Guipúzcoa el 26 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Guipúzcoa.

Resolución de 8 de julio de 2013 (5.ª)

En el expediente 61/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «La Orilla del Palmital, S.L., en liquidación».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Las Palmas el 19 de febrero de 2013 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y como titular de más del 5% del capital social de «La Orilla del Palmital, S.L., en liquidación», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su liquidador, don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando, resumidamente: 1.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable. 2.º) Que la Junta General de la sociedad ha aprobado las sucesivas cuentas anuales, sin que conste la impugnación de las mismas, significando que en el año 2011 la sociedad fue dada de baja y sin actividad. 3.º) Que puede ocurrir que el socio, instando la intervención de auditores, deseé ralentizar el proceso de liquidación y, quizás, hasta perjudicar la liquidación y disolución de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Las Palmas, con fecha 18 de marzo de 2013, resolvió no acceder a la oposición formulada por la sociedad. Entiende, de conformidad con la doctrina sentada al respecto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que el hecho de que la sociedad se halle en periodo de liquidación no es obstáculo para que cualquier socio, con al menos un 5% del capital pueda solicitar el nombramiento de auditor, estableciendo dicha doctrina la compatibilidad del derecho de auditoría con el hecho de una sociedad se encuentre en liquidación, ya que su personalidad jurídica subsiste, sin perjuicio de la naturaleza esencialmente reversible del proceso hasta que tenga lugar el reparto del patrimonio neto resultante entre los socios, lo que no resulta acreditado que haya acontecido en el caso que nos ocupa. Con referencia a la alegación sobre los gastos de la auditoría, 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 cuanto las alegaciones sobre la mala fe del solicitante, señaló que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones del solicitante, 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 formuladas en su escrito de oposición y añadiendo que, en la fase de liquidación la sociedad no está en situación de afrontar los gastos de la auditoría.

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 Debe rechazarse en el presente expediente la alegación que el recurrente formula en sus escritos de oposición y de recurso, dado que, aunque la sociedad se encuentre en situación de liquidación, es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– que los socios que reúnan las condiciones de capital y tiempo previstas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, pueden ejercitar el derecho a la verificación contable, 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 reparto del activo sobrante entre los socios y cancelado en el Registro Mercantil 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 Respecto a las intenciones que la sociedad atribuye al solicitante de la auditoría, este Centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(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 del socio minoritario, las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la auditoría que entiende son innecesarios e injustificados, puesto que el legislador ha dis-

puesto con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., liquidador de «La Orilla del Palmital, S.L.», en liquidación», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Las Palmas el 18 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Las Palmas.

Resolución de 8 de julio de 2013 (6.ª)

En el expediente 62/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Finques i Gestió Baix Penedes, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Tarragona el 1 de marzo de 2013 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 «Finques i Gestió Baix Penedes, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad no viene obligada por ley a auditar sus cuentas anuales, al poder presentar sus cuentas en forma abreviada. 2.º) Que la presente solicitud

viene precedida de la mala actuación de la solicitante. A consecuencia de ello se le retiró el poder para representar a la sociedad. 3.º) Que no ha acudido a la Junta General de socios Ordinaria y Extraordinaria. El acta de dicha reunión fue remitida por burofax a la citada Sra. 4.º) Que la declaración sobre la procedencia del derecho no debe realizarse de manera automática, sino que debe tener en cuenta la mala fe que precede a la solicitud, dado que la solicitante tiene interés en otra compañía.

III

El Registrador Mercantil de Tarragona, con fecha 22 de marzo de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. 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 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. Asimismo, es irrelevante la alegación de que la solicitante tiene interés en otra compañía. También es irrelevante la asistencia o no a las Juntas generales para poder ejercer el derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento 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 las alegaciones aducidas en su escrito de oposición que en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Insistió en el argumento de mala fe y abuso del derecho por parte de la solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 2605.2 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 los fundamentos de la resolución recurrida, ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, se ha de recordar al recurrente que el limitado ámbito de conocimiento atribuido por el Reglamento del Registro Mercantil a este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, impide examinar las motivaciones que han llevado al socio a instar la auditoría de cuentas, dado 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 puedan presumirse nunca, pudiendo quien se sienta perjudicado por la actuación supuestamente maliciosa acudir a la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

2.º En segundo lugar, el articulo 265.2 de la Ley de e Sociedades de Capital y el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que reconocen y regulan el derecho de los socios minoritarios a la verificación contable no exigen el cumplimiento de ningún otro requisito o condición adicional distinta que la de presentar la instancia en el plazo de tres meses contados desde el último día del cierre del ejercicio social vencido y la de reunir un porcentaje de acciones o participaciones sociales representativas de al menos el 5% del capital social. Por ello, el hecho de que la peticionaria no haya asistido a las Juntas Generales no puede impedir que ejercite su derecho, dado que el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2012 puede cumplir muchas finalidades como la de conocer la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa, así como la de conocer si la llevanza de la contabilidad por los administradores sociales es o no ajustada a derecho. En otras palabras, el derecho a la verificación contable 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 ésta.

3.º Las alegaciones de la sociedad que atribuyen a la solicitante actuaciones que pueden estar incursas en competencia desleal no puede ser dilucidada en este procedimiento pues, como ya se ha indicado, tiene un limitado ámbito de conocimiento, sin perjuicio del derecho que asiste a la sociedad para adoptar los acuerdos que considere oportunos sobre su permanencia en la compañía.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de «Finques i Gestió Baix Penedes, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Tarragona el 22 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Tarragona.

Resolución de 9 de julio de 2013 (1.ª)

En el expediente 64/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Electrodomésticos Luz del Tajo, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Toledo, el 18 de marzo de 2013 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 «Electrodomésticos Luz del Tajo, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ….. y don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, resumidamente: Que la sociedad el 1 de febrero de 2013 nombró auditor de cuentas a don …… que aceptó la realización de la auditoría el 4 de febrero de 2013.

III

La Registradora Mercantil de Toledo, con fecha 3 de abril de 2013, 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, los documentos presentados por la sociedad podrían haber enervado el derecho del solicitante si acreditaran fehacientemente la fecha de su otorgamiento, conforme a lo establecido en las reglas generales del artículo 1.227 del Código Civil, el cual dispone que el nombramiento voluntario de auditor solo puede probar la fecha desde que tuvo entrada en el registro mercantil junto con el escrito de oposición, dado que no incorpora la legitimación notarial de firmas, lo mismo cabe decir de la carta del auditor y, por tanto, dichos documentos tienen el carácter de documentos privados y hacen prueba entre las partes pero, no estando legitimados, no puede hacer prueba frente a terceros. Por lo tanto, se ha de concluir que la sociedad no ha probado el requisito de anterioridad.

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 procede la designación por la Registradora Mercantil, dado que los administradores se comprometen ha garantizar al socio solicitante y a los demás socios el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 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 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 el requisito de anterioridad exigido por la doctrina de esta Dirección genera, dado que la primera fecha fehaciente que consta en los documentos aportados por la sociedad es la de presentación en el registro mercantil, junto con el escrito de oposición a la solicitud el 27 de marzo de 2013, la cual es muy posterior a la de presentación en el registro de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento por la Registradora Mercantil, el 18 de marzo de 2013.

Tampoco se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría, el segundo de los requisitos exigidos por este Centro Directivo, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del solicitante, dado que la sociedad no ha promovido la inscripción del nombramiento voluntario de auditor, ni ha incorporado al expediente el informe de auditoría, ni tampoco hay constancia de que se lo haya facilitado al socio solicitante.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….. y don ……, administradores mancomunados de «Electrodomésticos Luz del Tajo, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Toledo el 3 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Toledo.

Resolución de 9 de julio de 2013 (2.ª)

En el expediente 65/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Automoción y Promociones Inmobiliarias Gomar, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 19 de marzo de 2013 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 «Automoción y Promociones Inmobiliarias Gomar, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que no es oportuno el nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que la sociedad tiene su hoja registral cerrada por falta de depósito de cuentas, debido a la renuncia de la solicitante a su cargo de administradora y presidenta del Consejo de Administración, impidiendo con su actuación el correcto funcionamiento del Consejo. 2.º) Que no se han formulado las cuentas del ejercicio 2012, dado que no existe desde la renuncia de dicha Señora, órgano de administración que las formule. Es decir, la propia solicitante ha provocado la situación que vive la sociedad y ahora de forma maliciosa pretende lo que no puede realizarse: la verificación de unas cuentas inexistentes.

III

El Registrador Mercantil número XV de Madrid, con fecha 5 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que la invocación a la mala fe de la solicitante de la auditoría de cuentas no es causa apreciable en este procedimiento, pues la posible finalidad maliciosa de la solicitante no le priva de ejercitar su derecho. Como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado resulta imposible examinar en este trámite, debido a lo limitado del conocimiento que legalmente tiene atribuido, las motivaciones que llevan al socio a solicitar el nombramiento de auditor. Estas motivaciones podrán o no ser legitimas, o responder o no a un ejercicio abusivo de derecho o antisocial del mismo (artículos 6 y 7 del Código Civil), pero las determinaciones internas de la voluntad no pueden ser analizadas procedimiento, y no sólo porque las intenciones contrarias a la buena fe o al abuso del derecho no puedan presumirse nunca, sino porque, además, siempre queda abierta a la sociedad la vía jurisdiccional civil Dará obtener, en su caso, la reparación de los daños causados (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo de 2004 y 7 y 22 de junio de 2005, 09 y 21 de mayo de 2008, 27 de octubre de 2010,27 de septiembre de 2011,02 y 04 de octubre de 2012 entre otras). En cuanto a que la sociedad se encuentra sin órgano de administración por culpa de la solicitante, al renunciar esta a su cargo de presidente del consejo de administración, en consecuencia, no se puede elaborar ni formular las cuentas anuales ni tampoco se puede convocar junta general, lo que ha llevado a solicitar la convocatoria de Junta General judicialmente. Dicha cuestión ha sido resuelta por la Dirección General de los Registros y del Notariado manifestando que el ejercicio del derecho del socio no puede ser negado por el hecho de que la sociedad carezca de órgano de administración que pueda formular las cuentas anuales y por la taita de las mismas para su verificación, ya que la presencia de los auditores puede servir, entre otros extremos, de acicate para que sean formuladas (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 06 de mayo de 1994, 27 de septiembre de 2002, 5 y 6 de mayo de 2003,10 de marzo de 2010 y 30 de enero de 2012 entre otras).

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 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 6 de mayo y 21 de octubre de 2003, 4 de octubre y 30 de noviembre de 2005.

1.º No pueden prosperar frente a los fundamentos de la resolución recurrida, ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad. En efecto, frente a la alegación que cuestiona la buena fe del solicitante, este Centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide examinar las motivaciones que han llevado a la peticionaria a solicitar la auditoría, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(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 las cuentas correspondientes al ejercicio 2012 no hayan sido formuladas puede impedir que la socia minoritaria ejercite su derecho, dado que la formulación de cuentas anuales no es una condición necesaria para su ejercicio, tal como resulta del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, ya que, en realidad, el auditor siempre podrá verificar si la contabilidad social se ha llevado o no de manera ajustada a derecho y, en última instancia, la presencia de auditores puede servir, entre otros extremos, para fundamentar, en su caso, futuras acciones de responsabilidad de los administradores la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de «Automoción y Promociones Inmobiliarias Gomar, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XV de Madrid el 5 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XV de Madrid.

Resolución de 9 de julio de 2013 (3.ª)

En el expediente 66/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «La Loba de Argumosa, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 20 de marzo de 2013 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 Loba de Argumosa, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante tiene a su disposición toda la información contable que ha necesitado por ser gestor y contable de la sociedad. 2.º) Que los estados contables necesarios para formular las cuentas anuales han permanecido en poder del solicitante hasta el día 4 de mayo de 2012, a pesar de los reiterados requerimientos realizados por la sociedad. 3.º) Que por parte de la sociedad se ha formulado una denuncia por apropiación indebida de una cantidad que asciende a 20.186,61 euros. 4.º) Que esta situación ha mermado económicamente las disponibilidades de la sociedad, lo que hace muy difícil asumir los costes de la auditoría de cuentas.

III

El Registrador Mercantil número XIII de Madrid, con fecha 5 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los

requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo sin perjuicio de que el solicitante conozca la situación financiera y contable de la sociedad, el derecho que tienen los socios a solicitar auditor de cuentas 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 que, aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. La manifestación de que a día de hoy no se ha sometido a aprobación de la Junta de Socios las cuentas anuales, en nada enerva el derecho del socio a la auditoría. Respecto a las dificultades económicas de la sociedad para afrontar los gastos d auditoría, no puede ser considerado causa de oposición, pues el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es taxativo y sin dejar margen interpretativo alguno, dispone 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, básicamente, 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 esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la primera cuestión relativa al conocimiento que tiene el solicitante de los estados financieros y contables, basta señalar, como lo hizo el Registrador Mercantil, que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º En cuanto a la mala fe que la sociedad atribuye al solicitante, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Regla-

mento del Registro Mercantil impide examinar las motivaciones que han llevado al peticionario a solicitar la auditoría, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(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 las dificultades económicas que alega la sociedad pueden impedir que el socio ejercite su derecho pues, como ha mantenido este Centro Directivo, 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

4.º Y, por último, en cuanto a la existencia de una causa criminal contra el solicitante, originada por la denuncia interpuesta por la sociedad por una posible infracción de apropiación indebida, sin perjuicio de las repercusiones penales que en otros ámbitos pueda tener, carece de incidencia en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que no se está cuestionando la condición de socio ni su porcentaje de participación en el capital social de la compañía.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don Javier Muñíz Briongos, representante de «La Loba de Argumosa, S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número XIII de Madrid de 5 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIII de Madrid.

Resolución de 9 de julio de 2013 (4.ª)

En el expediente 67/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Quality Drinks Research Service, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y doña ….., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Toledo el 20 de marzo de 2013 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 titulares de más del 5% del capital social de «Quality Drinks Research Service, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitud carece de causa que la justifique pues don ….., fue administrador de la sociedad hasta el nombramiento del actual, que es quien suscribe el escrito. Por tanto carece de sentido que quien fue administrador único de la sociedad durante la mayor parte del ejercicio económico sea quién reclame el nombramiento voluntario de auditor de cuentas, máxime cuando no ha procedido a la entrega de los documentos contables. 2.º) Que la solicitud de nombramiento de auditor constituye un claro abuso de derecho, por lo que el Registrador Mercantil debe resolver negativamente. 3.º) Que por parte del actual administrador social se ha formulado una denuncia por apropiación indebida ante el Juzgado de Instrucción número 9 de Madrid. Carecen por tanto los solicitantes de legitimación para reclamar el nombramiento de auditor de cuentas.

III

La Registradora Mercantil de Toledo, con fecha 10 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que según consta en la inscripción número 4.ª de la hoja abierta a la sociedad, no gestionó en exclusiva los asuntos sociales durante el ejercicio social ya que fue cesado antes de que terminará dicho ejercicio y la condición de administrador no impide que éste ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio. Dicha incompatibilidad solo se daría si hubiese gestionado en exclusiva los asuntos sociales durante todo el ejercicio económico, pues por sí mismo habría podido contratar los servicios profesionales de un auditor de cuentas. El derecho a la información contable es un derecho distinto por su finalidad y requisitos al derecho a examinar las cuentas, ya que con este se pretende que un informe de las cuentas anuales realizado por un profesional independiente. Respecto a la alegación de abuso de derecho, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide examinar las motivaciones que han llevado al peticionario a solicitar la auditoría, ya

que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(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 denuncia indicada en el citado escrito, dicha oposición no puede estimarse al no existir relación alguna entre la denuncia referida y este procedimiento 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 reiterando, básicamente, 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 esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. El hecho de que el solicitante haya ejercido durante una parte del ejercicio 2012 la administración de la sociedad no puede 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 todo 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 el caso presente, del contenido de la hoja registral de la sociedad, resulta que no ejercitó durante todo el ejercicio 2012 la administración social, dado que fue cesado de su cargo como administrador el 26 de septiembre de 2012, por tanto no puede ser privado de su derecho al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

2.º Sobre la cuestión relativa al conocimiento que tiene el solicitante de los estados financieros y contables, basta señalar, como lo hizo la Registradora Mercantil, que los derechos de información y auditoría, aunque comple-

mentarios y relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º En cuanto a la mala fe que la sociedad atribuye al solicitante, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide examinar las motivaciones que han llevado al peticionario a solicitar la auditoría, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(cfr.* artículos 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 la actuación abusiva o maliciosa.

4.º Y, por último, en cuanto a la existencia de una causa criminal contra el solicitante, originada por la denuncia interpuesta por el administrador único de la sociedad contra él por una posible infracción de apropiación indebida, sin perjuicio de las repercusiones penales que en otros ámbitos pueda tener, carece de incidencia en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que no se está cuestionando la condición de socio ni su porcentaje de participación en el capital social de la compañía.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., representante de «Quality Drinks Research Service, S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Toledo de 10 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Toledo.

Resolución de 9 de julio de 2013 (5.ª)

En el expediente 68/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Automóviles Gomar, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 15 de marzo de 2013 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 «Automóviles Gomar, S.A.» el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad carece de órgano de administración, debido a la renuncia de la solicitante a su cargo de administradora y presidenta del Consejo de Administración, impidiendo con su actuación el correcto funcionamiento del Consejo. 2.º) Que no se han formulado las cuentas del ejercicio 2012, dado que no existe desde la renuncia de dicha Señora, órgano de administración que las formule. 3.º) Que se ha solicitado al Juzgado de lo Mercantil la convocatoria judicial de la Junta General, en la cual se planteará la disolución de la compañía. 4.º) Que la propia solicitante ha provocado la situación que vive la sociedad y ahora, de forma maliciosa y torticera, pretende lo que no puede realizarse: la verificación de unas cuentas inexistentes.

III

El Registrador Mercantil número XIV de Madrid, con fecha 5 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Sobre la primera cuestión planteada, relativa a la incidencia que puede tener en el ejercicio del derecho que al socio minoritario reconoce el artículo 265.2 Ley de Sociedades de Capital el hecho de que la sociedad carezca de órgano de administración que pueda convocar juntas ni formular las cuentas anuales, es doctrina de la Dirección General que el ejercicio del derecho del socio a que se nombre auditor de cuentas, no puede ser negado por la imposibilidad de formular las cuentas anuales en este momento, pues ello no impide en todo momento la formulación y aprobación de las cuentas y la posterior elaboración del informe de verificación contable, sin que esté previsto en estos expedientes la suspensión del nombramiento hasta que la sociedad formule y apruebe (en su caso) sus cuentas, por lo que no es procedente diferir la decisión sobre el nombramiento solicitado hasta que por la sociedad pueda cumplirse con las obligaciones sociales. Por lo que se refiere a la manifestación social de que se ha solicitado la convocatoria de la Junta general con el orden del día único de acordar su disolución, la misma debe ser rechazada. La propia Dirección general ha declarado que las sociedades, en tanto no sean liquidadas, deben seguir presentado anualmente las cuentas en el registro

mercantil acompañadas –cuando lo soliciten los socios que reúnan las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas– del correspondiente informe de auditoría. En cuanto a la actitud maliciosa y torticera, en claro fraude ley, no puede ser considerada como causa de oposición. Según ha declarado la propia Dirección General de los registros y del Notariado, la posible finalidad maliciosa no le priva de ejercitar su derecho, señalando que resulta imposible examinar en este trámite, dado lo limitado del conocimiento que legalmente tiene atribuido, las motivaciones que llevan al socio a solicitar el nombramiento de auditor. Estas motivaciones podrán o no ser legitimas, o responder o no a un ejercicio abusivo de derecho o antisocial del mismo (artículos 6 y 7 del Código Civil), pero las determinaciones internas de la voluntad no pueden ser analizadas procedimiento, y no sólo porque las intenciones contrarias a la buena fe o al abuso del derecho no puedan presumirse nunca, sino porque, además, siempre queda abierta a la sociedad la vía jurisdiccional civil Dará obtener, en su caso, la reparación de los daños causados (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo de 2004 y 7 y 22 de junio de 2005, 9 y 21 de mayo de 2008, 27 de octubre de 2010, 27 de septiembre de 2011, 2 y 4 de octubre de 2012. entre otras). En cuanto a que la sociedad se encuentra sin órgano de administración por culpa de la solicitante, al renunciar esta a su cargo de presidente del consejo de administración, en consecuencia, no se puede elaborar ni formular las cuentas anuales ni tampoco se puede convocar junta general, lo que ha llevado a solicitar la convocatoria de Junta General judicialmente. Dicha cuestión ha sido resuelta por ia Dirección General de los Registros y del Notariado manifestando que el ejercicio del derecho del socio no puede ser negado por el hecho de que la sociedad carezca de órgano de administración que pueda formular las cuentas anuales y por la taita de las mismas para su verificación, ya que la presencia de los auditores puede servir, entre otros extremos, de acicate para que sean formuladas (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 06 de mayo de 1994, 27 de septiembre de 2002, 05 y 06 de mayo de 2003,10 de marzo de 2010 y 30 de enero de 2012 entre otras).

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 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 6 de mayo y 21 de octubre de 2003, 4 de octubre y 30 de noviembre de 2005 y como más recientes las de 27 de octubre de 2010, 27 de septiembre de 2011, 2 y 4 de octubre de 2012.

1.º No pueden prosperar frente a los fundamentos de la resolución recurrida, ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad. Por lo que se

refiere a la falta de formulación de cuentas anuales, no puede impedir que la socia minoritaria ejercite su derecho, dado que ésta no es una condición necesaria para su ejercicio, tal como resulta del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, ya que, en realidad, el auditor siempre podrá verificar si la contabilidad social se ha llevado o no de manera ajustada a derecho y, en última instancia, la presencia de auditores puede servir, entre otros extremos, como acicate para que se formulen en el futuro y para fundamentar, en su caso, futuras acciones de responsabilidad de los administradores de la sociedad.

2.º Tampoco la previsión del representante de la sociedad sobre el futuro acuerdo de disolución que adoptará la Junta general cuando se convoque judicialmente puede enervar el derecho de la peticionaria, toda vez que este acuerdo de disolución, si finalmente llega a adoptarse, abrirá un proceso de liquidación en el que la personalidad jurídica de la sociedad subsiste –en garantía de acreedores y terceros– en tanto no se hayan pagado las deudas sociedad y repartido el activo resaltante entre los socios, y cancelado en el Registro Mercantil los asientos referentes a la sociedad extinguida. Por tanto, como ha mantenido este Centro Directivo en numerosas resoluciones, es posible ejercitar el derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 265.2 del la Ley de Sociedades de Capital también durante la fase liquidatoria de la sociedad.

3.º Por último, sobre las alegaciones que cuestionan la buena fe de la solicitante, se ha de señalar que este Centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide examinar las motivaciones que han llevado a la peticionaria a solicitar la auditoría, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(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 «Automóviles Gomar, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil número XIV de Madrid el 5 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número XIV de Madrid.

Resolución de 10 de julio de 2013 (1.ª)

En el expediente 70/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gimnasio Bravo Murillo Fitness, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 21 de marzo de 2013 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 «Gimnasio Bravo Murillo Fitness, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el administrador único de la sociedad convocó a la Junta General para el día 1 de abril de 2012 *(sic),* siendo precisamente una de los puntos del orden del día el examen y aprobación de las cuentas anuales correspondientes el ejercicio 2012. 2.º) Que el 25 de marzo de 2013 el solicitante de la auditoría recibió copia de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. 3.º) Que en la Junta general celebrada el 1 de abril se hizo entrega a todos los socios presentes de los documentos contables. A dicha Junta asistió el representante del socio solicitante de la auditoría de cuentas, Sr. Buergo y en ella el administrador acordó la suspensión de su celebración para dar a todos los socios tiempo suficiente para el estudio de la documentación entregada. 4.º) Que, por tanto, la solicitud de auditoría de cuentas es infundada e incongruente. En ella se manifiesta auténtica mala fe por parte del solicitante.

III

El Registrador Mercantil número IV de Madrid, con fecha 8 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los

requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que las causas alegadas por la sociedad, son cuestiones ya resueltas por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Con independencia de que la sociedad entregue toda la información de la sociedad o que el socio haya tenido acceso permanente a los estados contables y financieros, el derecho a solicitar auditor de cuentas que tienen los socios minoritarios es distinto al de información y examen de las cuentas. En efecto, 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 que aunque relacionados, resultan distintos por su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. En cuanto a que la solicitud es innecesaria y se ha formulado con anterioridad a tener toda la documentación contable que pudiera acreditar alguna irregularidad, reiterar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el sentido de que es el socio quien considera si la auditoría es o no necesaria y en cuanto a lo precipitada de la misma al estar convocada Junta General para el día 19 de abril con el fin de que todos los socios tuvieran tiempo de analizar la documentación contable, tanto la Ley de Sociedades de Capital como el Reglamento del Registro Mercantil, contemplan la posibilidad de que un socio de sociedad no obligada a verificar sus cuentas, que reúna al menos el 5% del capital social, puede solicitar del Registro Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas, cuando lo solicite dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio, por lo que el socio no puede esperar a la entrega y análisis de la documentación contable de la sociedad para presentar su solicitud. La invocación del gasto económico innecesario que supone la auditoría para la sociedad, no puede ser considerado causa de oposición en estos expedientes, pues el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es taxativo –sin que quepa margen interpretativo alguno– tanto al fijar las condiciones para su ejercicio como al disponer que los gastos que origina la auditoría han de correr a cargo de la sociedad (Resoluciones de 30 de mayo de 2007, 29 de octubre de 2009, 3 de noviembre de 2010 y 21 de marzo de 2011, entre otras), siendo el solicitante quien considera si la auditoría es o no necesaria.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, básicamente, las alegaciones formuladas en 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 esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la primera cuestión relativa al conocimiento que tiene el solicitante de los estados financieros y contables, basta

señalar, como lo hizo el Registrador Mercantil, que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Sobre el momento en el que se ha presentado la solicitud en el Registro Mercantil que, según la sociedad, la convierte en innecesaria por haberse presentado antes de la celebración de la Junta General de socios en la que se entregó a todos ellos la documentación contable para que pudieran valorarla y estudiarla, debe recordarse que cuando el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital regula este derecho a la verificación contable lo sujeta a un plazo de caducidad de tres meses computados desde el día siguiente al del cierre del ejercicio anterior, por lo que si el socio no lo ejerce dentro de estos tres meses, se verá privado de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor con esta finalidad. De la misma manera, aún cuando una de las funciones de este derecho es que los socios cuenten con el informe de auditoría de cuentas antes de la celebración de la Junta general que ha de aprobar las cuentas anuales para que, con mayor conocimiento de causa puedan adoptar su decisión, puede cumplir otras muchas, como la de facilitar un conocimiento sobre si la contabilidad se ha llevado o no de manera ajustada a derecho para, en su caso, ejercer acción de responsabilidad de los administradores.

3.º En cuanto a la mala fe que la sociedad atribuye al solicitante, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide examinar las motivaciones que han llevado al peticionario a solicitar la auditoría, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(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 Tampoco las dificultades económicas que alega la sociedad pueden impedir que el socio ejercite su derecho pues, como ha mantenido esta Dirección General, 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 afec-

tada 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2011.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., representante de «Gimnasio Bravo Murillo Fitness, S.L.» contra la resolución dictada por el Registradora Mercantil número IV de Madrid de 8 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número IV de Madrid.

Resolución de 10 de julio de 2013 (2.ª)

En el expediente 71/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Centro de Educación Infantil Nuditos, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Málaga el 26 de marzo de 2013 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 «Centro de Educación Infantil Nuditos, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de sus administradoras mancomunadas, doña….. y doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante carece de legitima-

ción para solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas ya que fue excluido como socia y cesada de su cargo como administradora, en virtud de la Junta celebrada en Málaga, ante el notario, don. José Ramón Recatalá, el 2 de agosto de 2012, siendo dichos acuerdos ejecutivos desde la fecha de su adopción. 2.º) Que dicha ejecutividad no queda en absoluto desvirtuada por el hecho de no haberse inscrito, a virtud de la calificación de la registradora sustituta y posteriormente corroborada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de enero de 2013. 3.º) Que la solicitante persigue con su solicitud causar un perjuicio económico a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Málaga, con fecha 10 de abril de 2013, acordó desestimar la oposición de la sociedad, al entender que 1.º) Que con fecha 14 de septiembre de 2012, fue calificada copia del Acta Notarial de la Junta, autorizada en Málaga, el día 12 de julio de 2012, por el Notario de Málaga, don José Ramón Recatalá Moles, número 2465 de protocolo, siendo uno de los defectos existentes el siguiente: «El derecho de exclusión de un socio que represente una participación igual o superior al 25% del capital social, como es el presente caso, requiere, además del acuerdo de la Junta general, resolución judicial firme, no estando además incluido en los casos previstos por el artículo 350 L. S. C., no existiendo en Estatutos prestaciones accesorias, que tampoco están previstas legalmente en las Sociedades Limitadas Laborales». Que contra dicho defecto no se interpuso recurso alguno. 2.º) Si bien, otro de los defectos que consta en la nota de calificación es el consistente en: « No ser válida la convocatoria de la Junta realizada sólo por dos de los administradores mancomunados, ya que, en caso de administradores mancomunados, la convocatoria de la Junta debe realizarse por todos ellos, y ello porque la facultad de convocar Junta no es delegable; por tanto, aunque el poder de representación esté atribuido según el artículo 14 de los Estatutos a dos de los administradores mancomunados, ello no implica que sea válida la convocatoria de la Junta realizada por sólo dos de ellos. Así también se desprende la dicción del artículo 171 LSC, al expresar que: «en caso de muerte o cese, de alguno de los administradores mancomunados»…. «cualquier socio podrá solicitar del Juez de lo Mercantil la convocatoria de la Junta general para el nombramiento de administradores«; y en el párrafo siguiente establece que, «además cualquiera de los administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar Junta general con ese único objeto».– Ello implica, que si falta uno sólo de los administradores mancomunados, los restantes, sólo pueden convocar Junta para cubrir esa vacante, y por tanto que la convocatoria de la Junta General, deba hacerse por todos los administradores mancomunados.– Asimismo se hace constar que a la Junta no se le ha atribuido el carácter de Universal, pues aunque, asista el 100% del capital social, una socio que representa el 33'33% del capital se opone a darle éste carácter conforme al artículo 178 LSC. Este último defecto ha sido ratificado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución de 28 de enero de 2013, siendo necesaria que la convocatoria de la Junta General se realice por los tres administradores mancomunados. Por consiguiente, y como consecuencia de la nota de calificación, la convocatoria de la Junta es nula, y conlleva la nulidad de todos los acuerdos adoptados en la misma, ya que al estar mal convocada la Junta produce la nulidad de la misma y por consiguiente de todos los acuerdos que esta ha producido, entre ellos el de exclusión de socio de fecha 2 de agosto de 2012. Como consecuencia de lo expresado anteriormente, existiendo Resolución de la DGRN de fecha 28 de enero de 2013, desestimando el Recurso y confirmado la calificación impugnada, conlleva efectivamente tanto según criterio del Registrador como de la DGRN, la nulidad de la junta y por consiguiente de todos los acuerdos adoptados por la misma, entre ellos el de exclusión de socio, no convirtiéndose en

subsanable por cuanto ha sido ratificado por Resolución de la DGRN, al estar la junta mal convocada, con lo cual, según doctrina reiterada, conlleva la nulidad de todos los acuerdos. De la inscripción 1.ª practicada en la hoja abierta a la sociedad resulta que en su Escritura de Constitución otorgada en Málaga el día 16 de marzo de 2010 ante el notario de la misma don Miguel Krauel Alonso, como sustituto y para el protocolo de su compañero de residencia, don ….., número 493 de orden, doña ….., constituye junto con otros socios la sociedad denominada «Centro de Educación Infantil Nuditos, S.L. L.», suscribiendo la misma mil dos participaciones de clase laboral, núms. 1003 al 2004, ambas inclusive, por su valor de mil dos euros, lo que equivale a una cuota del 33,33 % del capital social. La legitimación de la solicitante viene referida al momento de presentación de la instancia en el Registro Mercantil siendo ésta titular, conforme al registro del 5% del capital social de la compañía. Alega la sociedad que lo que persigue la peticionaria con la solicitud formulada es: «causar un perjuicio económico a la entidad.» Este argumento no puede servir para enervar el derecho del socio minoritario a solicitar el nombramiento de auditor a que se refiere el artículo 265 de la LSC, porque además se refiere a cosa distinta (conocer la contabilidad y auditarla) según la DGRN de forma reiterada enseña que este derecho solo puede resultar enervado si hay nombramiento de auditor previamente inscrito en el Registro Mercantil o se pone a disposición del solicitante el informe de auditoría. Asimismo, es indiferente cual sea la causa de la solicitud.

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 la ejecutividad del acuerdo adoptado por la Junta General de la sociedad el 2 de agosto de 2012 en absoluto queda desvirtuado por no haber sido inscrito, en base a la calificación negativa de la Registradora Mercantil sustituta, calificación confirmada posteriormente por la Dirección general de los Registros y del Notariado. A mayor abundamiento ambos defectos e consideran subsanables y pueden ser recurridos ante el Juzgado de lo Mercantil competente, siendo así que la demanda dirigida a la ratificación de los acuerdos adoptados en la referida Junta, será presentada antes del vencimiento del plazo legalmente establecido. 2.º) Que la solicitante, que no ha impugnado dichos acuerdos, lo que verdaderamente pretende con su solicitud es presionar a la sociedad y causarle un perjuicio económico.

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, la de 19 de octubre de 2007 y la de 18 de julio de 2011.

1.º El presente expediente plantea una cuestión previa que es la de los efectos que el acuerdo de exclusión social tiene para el socio excluido y para la sociedad. En efecto, de los artículos 290, 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital, se desprende que el proceso de exclusión de un socio de la compa-

ñía se inicia con el acuerdo adoptado en la Junta General pero solo puede entenderse culminado cuando se inscribe en el Registro Mercantil y se publica en el BORME la escritura pública de reducción del capital social o de adquisición por la sociedad de las participaciones o acciones, 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. 21 del Código de Comercio, 290, 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital y 94 del Reglamento del Registro Mercantil).

En el caso presente, aún cuando la sociedad hubiera adoptado válidamente el acuerdo de excluir a la solicitante de la auditoría, cuestión que ya ha sido resuelta por esta Dirección General en los términos que resultan de la resolución de 28 de enero de 2013, no ha acreditado que la solicitante haya perdido su condición de socia, dado que continúa siendo propietaria de un número de participaciones sociales representativas de un porcentaje muy superior al 5% del capital social que la legitiman para ejercitar el derecho a la verificación contable.

2.º Deben rechazarse las alegaciones que atribuyen a la peticionaria intenciones oblicuas por solicitar la auditoría de cuentas. Como ha mantenido este Centro Directivo las motivaciones que han llevado a la socia minoritaria a instar la auditoría de cuentas, 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 su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña….. y doña ….., administradoras mancomunadas de «Centro de Educación Infantil Nuditos, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Málaga de 10 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Málaga.

Resolución de 10 de julio de 2013 (3.ª)

En el expediente 72/2013 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Clínica Veterinaria El Manescal, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Castellón de la Plana el 26 de marzo de 2013 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil como socia de «Clínica Veterinaria el Manescal, S.L.», el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. Alegaba la propiedad ganancial de un número de participaciones sociales equivalentes al 50% de capital social que ostentaba junto con su esposo don ….., del que se encontraba separada, sin que hasta la fecha hubiera recaído sentencia de divorcio.

II

Notificada la sociedad de dicha instancia, ésta no presentó su oposición a la solicitud formulada por la peticionaria.

III

El Registrador Mercantil de Castellón, con fecha de 9 de abril de 2013, acordó desestimar la solicitud de auditoría. Mantuvo que, aun no habiéndose presentado oposición alguna por parte de la sociedad, comprobados los documentos aportados por el solicitante, y el historial en el Registro Mercantil hasta el día de hoy, resulta que doña ….., no está legitimada para solicitar el nombramiento de auditor, puesto que no ostenta el porcentaje del 5%, necesario para formular tal solicitud. Manifiesta, en su escrito de solicitud, la señora Sanfeliu, que es titular de un 50% del capital, porcentaje que corresponde a doscientas cincuenta participaciones de las quinientas en que se encuentra dividido el capital social, según la escritura de constitución, que causó la inscripción que ahora se acompaña a la solicitud. En tal documento consta que su cónyuge, don ….., suscribió doscientas cincuenta participaciones sociales, núms. 251 al 500, de las quinientas en que se encuentra dividido el capital social, pero de ellas, los núms. 251 al 478, ambos inclusive, corresponden a un desembolso no dinerano privativo, y tan solo, los núms. 479 al 500, ambos inclusive, se aportan con un desembolso no dinerano ganancial ejerce, por tanto, la señora Sanfeliu, el derecho ganancial sobre veintidós participaciones sociales, núms. 479 al 500, que representan un porcentaje inferior al 5% que exige el artículo 359.1.1.ª del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Contra dicha resolución doña ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso, en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia,

lo siguiente: 1.º) Que indujo al Registrador mercantil a un error, pero aún así, elementales principios de justicia deben llevar a estimar su solicitud de auditoría. 2.º) Que la sociedad con su silencio ha admitido, implícitamente, que está legitimada para ello. 3.º) Que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que «entro de los cinco días siguientes al de presentación de la oposición el Registrador resolverá según proceda« siendo así que el Registrador con su resolución ha vulnerado dicho precepto.

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 y 17 de mayo de 2007, 27 de abril de 2010.

En la resolución recurrida pues, a la vista de los documentos presentados por la solicitante, el Registrador Mercantil llegó a la conclusión de que no reúne un número de participaciones equivalentes al 5% del capital social exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Capital, dado que las participaciones adquiridas por su cónyuge, Don Juan Luis Cerda Alfonso, en la escritura de constitución de la sociedad, fueron desembolsadas con bienes de carácter privativo, lo que significa que la solicitante y su cónyuge solo ostentan la propiedad ganancial de las participaciones núms. 479 al 500 que representan un porcentaje de capital social muy inferior al exigido por el precitado artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto doña Laura Ángeles Sanfeliu Edo, solicitante de la auditoría de cuentas de «Clínica Veterinaria el Manescal, S.L.», y confirmar las Resoluciones del Registrador Mercantil de Castellón de 9 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Castellón de la Plana.

Resolución de 10 de julio de 2013 (4.ª)

En el expediente 73/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Alcolán, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 21 de marzo de 2013 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 «Alcolán, S.A.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta, a través de su representante, don ….., solicitó al Registrador Mercantil que nombrara auditor de cuentas a la firma «Garrido Auditores, S.L.».

III

La Registradora Mercantil número 8 de Madrid, con fecha 8 de abril de 2013, resolvió estimar la solicitud, rechazando la pretensión de la sociedad, dado que el Registrador Mercantil viene obligado a resolver sobre el fondo de la cuestión, entrando en todas las cuestiones que se deriven del expediente, incluso en los casos en que la sociedad no se oponga, calificando a la vista de los datos que constan en el Registro, se procede a examinar la procedencia o no de la designación de auditor de cuentas solicitada. La proposición de la sociedad para que se designe por este Registro como auditor de cuentas a la sociedad «Garrido Auditores, S.L.», no puede ser tenida en cuenta porque el Registrador Mercantil, al efectuar el nombramiento, pues viene obligado por el sistema establecido en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de julio de 2002 y como más reciente la de 28 de febrero de 2012).

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, resumidamente, que su petición carece de perjuicios para terceros, siendo así que el propio solicitante de la auditoría de cuentas ha reconocido su capacidad y profesionalidad, como se acredita en el Acta de la Junta general de accionistas de «Microlán, S.A.».

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 julio de 2002 y como más reciente la de 28 de febrero de 2012.

No puede prosperar en esta resolución la pretensión deducida en el recurso por la sociedad pues, cuando el Reglamento del Registro Mercantil regula el procedimiento por el que han de tramitarse las solicitudes de nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, establece unas normas de obligada observancia que, en lo que se refiere a la designación concreta del auditor, son las relativas al sistema objetivo de designación, regulado en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil y, en consecuencia, ni el Registrador Mercantil ni este Centro Directivo pueden omitir su cumplimiento.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., representante de «Alcolán, S.A.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número VIII de Madrid 8 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VIII de Madrid.

Resolución de 10 de julio de 2013 (5.ª)

En el expediente 75/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Random Desarrollos Informáticos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Toledo el 26 de marzo de 2013 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 «Random Desarrollos Informáticos, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitud se presentó con posterioridad a que el solicitante fuera convocado para la celebración de la Junta general que habrá de aprobar las cuentas del ejercicio 2012, siendo así que tuvo a su disposición la documentación contable desde el pasado 5 de abril. 2.º) Que lo que en realidad pretende el solicitante es presionar a la sociedad con el fin de que los socios adquieran sus participaciones sociales al precio que él pretendió imponer.

III

La Registradora Mercantil de Toledo, con fecha 10 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que el hecho de que el socio hubiera sido convocado a la Junta General Ordinaria a celebrar el 28 de junio de 2013 y que la solicitud esté presentada con posterioridad a que el solicitante fue convocado, no impide el derecho le asiste a solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas en los tres meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio social. Entre los derechos que las participaciones sociales confieren a sus titulares se encuentre el de asistir a las Juntas, impugnar, en su caso los acuerdos en ella adoptados y a solicitar el nombramiento de auditor de cuentas para verificar las correspondientes al último ejercicio vencido, sin que el ejercicio de estos derechos pueda impedir o condicionar el que pueda hacer respecto de otros. El acceso a la información contable que tiene el socio minoritario según lo alegado por la sociedad, es un derecho que ostentan todos los socios de entidades mercantiles y 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 de derechos que resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones de su ejercicio, ya que con el derecho a examinar las cuentas anuales se pretende un informe de las mismas realizado por un profesional independiente. Respecto a la querella referida en el citado escrito, dicha causa de oposición no puede estimarse, ya que es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registro y del Notariado que los procedimientos judiciales abiertos por el solicitante solo afectarían a este procedimiento especial de nombramiento de auditor de cuentas si se estuviese discutiendo judicialmente la titularidad que el solicitante ostenta sobre el número de participaciones sociales que alegó y que sirvieron de base para acreditar su legitimación para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil. En el caso presente el procedimiento abierto no cuestiona dicha legitimación y por lo tanto no existe relación alguna con este procedimiento. Respecto a la alegación de abuso de derecho, no puede ser admitida como causa de oposición pues es imposible examinar en este procedimiento las motivaciones que han llevado al socio a instar la auditoría de cuentas, 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

Notificada dicha resolución a la sociedad el 10 de mayo de 2013, ésta, a través de la indicada representación social, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, básicamente, 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 esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la primera cuestión relativa al conocimiento que tiene el solicitante de los estados financieros y contables, basta señalar, como lo hizo la Registradora Mercantil, que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Sobre el momento en el que se ha presentado la solicitud en el Registro Mercantil que, según la sociedad, la convierte en innecesaria por haberse presentado antes de la celebración de la Junta General de socios en la que se entregó a todos ellos la documentación contable para que pudieran valorarla y estudiarla, debe recordarse que cuando el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital regula este derecho a la verificación contable lo sujeta a un plazo de caducidad de tres meses computados desde el día siguiente al del cierre del ejercicio anterior, por lo que si el socio no lo ejerce dentro de estos tres meses, se verá privado de solicitar del Registrador Mercantil el nombra-

miento de un auditor con esta finalidad. De la misma manera, aún cuando una de las funciones de este derecho es que los socios cuenten con el informe de auditoría de cuentas antes de la celebración de la Junta general que ha de aprobar las cuentas anuales para que, con mayor conocimiento de causa puedan adoptar su decisión, puede cumplir otras muchas, como la de facilitar un conocimiento sobre si la contabilidad se ha llevado o no de manera ajustada a derecho para, en su caso, ejercer acción de responsabilidad de los administradores.

3.º Tampoco la previa existencia de una querella criminal interpuesta por la sociedad contra el solicitante puede enervar el derecho al nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, dado que en este procedimiento penal no se está cuestionando ni su condición de socio ni tampoco la titularidad sobre un número de participaciones sociales representativas del 5% del capital social que son las dos únicas cuestiones que pueden incidir en este procedimiento iniciado a su instancia.

4.º Por último, en cuanto a la mala fe que la sociedad atribuye al solicitante, como ha mantenido este Centro Directivo el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide examinar las motivaciones que han llevado al peticionario a solicitar la auditoría, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(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 «Random Desarrollos Informáticos, S.L.», contra la resolución dictada por el Registradora Mercantil de Toledo de 10 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Toledo.

Resolución de 10 de julio de 2010 (6.ª)

En el expediente 76/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Argos Consultora Informática, S.L.».

HECHOS

I

Don….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Toledo el 26 de marzo de 2013 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 «Argos Consultora Informática, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitud se presentó con posterioridad a que el solicitante fuera convocado para la celebración de la Junta general que habrá de aprobar las cuentas del ejercicio 2012, siendo así que tuvo a su disposición la documentación contable desde el pasado 5 de abril. 2.º) Que lo que en realidad pretende el solicitante es presionar a la sociedad con el fin de que los socios adquieran sus participaciones sociales al precio que él pretendió imponer.

III

La Registradora Mercantil de Toledo, con fecha 10 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que el hecho de que el socio hubiera sido convocado a la Junta General Ordinaria a celebrar el 28 de junio de 2013 y que la solicitud esté presentada con posterioridad a que el solicitante fue convocado, no impide el derecho le asiste a solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas en los tres meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio social. Entre los derechos que las participaciones sociales confieren a sus titulares se encuentre el de asistir a las Juntas, impugnar, en su caso los acuerdos en ella adoptados y a solicitar el nombramiento de auditor de cuentas para verificar las correspondientes al último ejercicio vencido, sin que el ejercicio de estos derechos pueda impedir o condicionar el que pueda hacer respecto de otros. El acceso a la información contable que tiene el socio minoritario según lo alegado por la sociedad, es un derecho que ostentan todos los socios de entidades mercantiles y 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 de derechos que resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones de su ejercicio, ya que con el derecho a examinar las cuentas anuales se pretende un informe de las mismas realizado por un profesional independiente. Respecto a la querella referida en el citado escrito, dicha causa de oposición no puede estimarse ya que es doctrina reiterada de la Dirección

General de los Registro y del Notariado que los procedimientos judiciales abiertos por el solicitante solo afectarían a este procedimiento especial de nombramiento de auditor de cuentas si se estuviese discutiendo judicialmente la titularidad que el solicitante ostenta sobre el número de participaciones sociales que alegó y que sirvieron de base para acreditar su legitimación para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil. En el caso presente el procedimiento abierto no cuestiona dicha legitimación y por lo tanto no existe relación alguna con este procedimiento. Respecto a la alegación de abuso de derecho, no puede ser admitida como causa de oposición pues es imposible examinar en este procedimiento las motivaciones que han llevado al socio a instar la auditoría de cuentas, 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

Con fecha de 10 de mayo de 2013 dicha resolución fue notificada a la sociedad y contra la misma la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, básicamente, 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 esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la primera cuestión relativa al conocimiento que tiene el solicitante de los estados financieros y contables, basta señalar, como lo hizo la Registradora Mercantil, que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que

debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Sobre el momento en el que se ha presentado la solicitud en el Registro Mercantil que, según la sociedad, la convierte en innecesaria por haberse presentado antes de la celebración de la Junta General de socios en la que se entregó a todos ellos la documentación contable para que pudieran valorarla y estudiarla, debe recordarse que cuando el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital regula este derecho a la verificación contable lo sujeta a un plazo de caducidad de tres meses computados desde el día siguiente al del cierre del ejercicio anterior, por lo que si el socio no lo ejerce dentro de estos tres meses, se verá privado de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor con esta finalidad. De la misma manera, aún cuando una de las funciones de este derecho es que los socios cuenten con el informe de auditoría de cuentas antes de la celebración de la Junta general que ha de aprobar las cuentas anuales para que, con mayor conocimiento de causa puedan adoptar su decisión, puede cumplir otras muchas, como la de facilitar un conocimiento sobre si la contabilidad se ha llevado o no de manera ajustada a derecho para, en su caso, ejercer acción de responsabilidad de los administradores.

3.º Tampoco la previa existencia de una querella criminal interpuesta por la sociedad contra el solicitante puede enervar el derecho al nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, dado que en este procedimiento penal no se está cuestionando ni su condición de socio ni tampoco la titularidad sobre un número de participaciones sociales representativas del 5% del capital social que son las dos únicas cuestiones que pueden incidir en este procedimiento iniciado a su instancia.

4.º Por último, en cuanto a la mala fe que la sociedad atribuye al solicitante, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide examinar las motivaciones que han llevado al peticionario a solicitar la auditoría, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(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 «Argos Consultora Informática, S.L.», contra la resolución dictada por el Registradora Mercantil de Toledo de 10 de abril de 2013.

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

impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Toledo.

Resolución de 10 de julio de 2013 (7.ª)

En el expediente 95/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Virgen Nuestra Señora de la Soledad de Badajoz, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y doña ….., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Badajoz el 27 de marzo de 2013 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 titulares del 33,33% del capital social de «Virgen Nuestra Señora de la Soledad De Badajoz, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitud se presentó con posterioridad a que el solicitante fuera convocado para la celebración de la Junta general que habrá de aprobar las cuentas del ejercicio 2012, siendo así que tuvo a su disposición la documentación contable desde el pasado 5 de abril. 2.º) Que, en realidad, lo que pretenden los solicitantes es la paralización de la sociedad. 3.º) Que el día 27 de marzo, se le interesó, por medio de abogado, toda la información contable y la documentación que habría de ser sometida a la Junta, por lo que se ha cumplido con el derecho de información de los socios.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, con fecha 11 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, respecto a la convocatoria de la Junta General a celebrar el próximo día 10 de abril hay que resaltar lo siguiente: Existiría la

posibilidad de anular la convocatoria por el mismo medio por el que se convocó, en tanto sea emitido informe de las cuentas anuales por el auditor que será nombrado, ya que al existir un informe posterior, habría que volver a aprobarlas a la vista del citado informe de auditoría. O bien la posibilidad de tratar todos los puntos del orden del día de la convocatoria, con la excepción de la aprobación de las cuentas anuales, en tanto se confecciona el informe de auditoría pertinente, convocando otra nueva junta general, únicamente para la aprobación de las cuentas anuales a la vista del informe de auditoría emitido. (Estas posibilidades se citan en la Resolución de 25 de Mayo de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre depósito de cuentas anuales, BOE 155 de fecha 27/06/2009, página 53289). Asimismo el Registrador manifiesta que no puede entrar en las relaciones internas que tenga la sociedad entre sus socios y administradores, que se rige por los estatutos y en su caso por la autoridad judicial y no constituye por tanto la «mala fe» objeto de calificación registral alguna.

IV

Con fecha de 11 de abril de 2013 la indicada representación social presentó en el Registro Mercantil de Badajoz un escrito de alegaciones complementario del escrito de oposición que dio lugar a que el Registrador Mercantil confirmara su decisión de 11 de abril de 2013.

V

Contra la dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando, básicamente, 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 recurso plantea diversas cuestiones sobre las que ya se ha pronunciado este centro Directivo. Para resolver la primera de ellas, relativa al conocimiento que tiene el solicitante de los estados financieros y contables de la empresa por habérselos facilitado la administración social, basta señalar, que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador

Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Sobre el momento en el que se ha presentado la solicitud en el Registro Mercantil que, según la sociedad, la convierte en incongruente e innecesaria por haberse presentado antes de la celebración de la Junta General de socios en la que se entregó a todos ellos la documentación contable para que pudieran valorarla y estudiarla, debe recordarse al recurrente, que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que regula este derecho a la verificación contable sujeta su ejercicio a un plazo de caducidad de tres meses computados desde el día siguiente al del cierre del ejercicio anterior, por lo que si el socio no lo ejerce dentro de este plazo de caducidad se verá privado de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor que verifique las cuentas del ejercicio económico inmediatamente anterior. De la misma manera, aún cuando una de las finalidades de este derecho es que los socios cuenten con el informe de auditoría de cuentas antes de la celebración de la Junta general que ha de aprobarlas para que con mayor conocimiento de causa pueda emitir su voto favorable o no a la probación, existen, además, otras muchas finalidades que el informe de auditoría puede cumplir, como lo son la de conocer si la contabilidad se ha llevado o no de manera ajustada a derecho para, en su caso, ejercer acción de responsabilidad de los administradores.

3.º Tampoco las intenciones que la sociedad atribuye al solicitante pueden enervar su derecho al informe de auditoría, puesto que, como ha mantenido esta Dirección General, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide examinar las intenciones o motivaciones que han llevado al peticionario a solicitar la auditoría, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(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.* artículo 1.902 del Código Civil).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador único de «Virgen Nuestra Señora de la Soledad de Badajoz, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Badajoz de 11 de abril de 2013.

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

impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 11 de julio de 2013 (1.ª)

En el expediente 10/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Construcciones Peláez, S.A.».

HECHOS

I

Doña …… y doña ….., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Burgos el 4 de enero de 2013, 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 «Construcciones Peláez, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta General Universal de la sociedad de 26 de noviembre de 2012 procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas para dicho ejercicio a don ….., que aceptó el encargo el 30 de diciembre de 2012, con legitimación notarial de firma de 31 de enero de 2013. De la reunión celebrada por la Junta general extraordinaria levantó Acta el notario de Burgos Sr. Daura Sáenz, archivada bajo el número 610 de su protocolo.

III

El Registrador Mercantil de Burgos, con fecha 14 de febrero de 2013, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo que, aún cuando las solicitantes reunían las condiciones de capital y tiempo, su petición habría sido enervada por la sociedad que acreditó reunir las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar a las socias minoritarias 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 fue previo, tal como resulta del Acta levantada por notario de la Junta General Extraordinaria de 26 de noviembre de 2012, también quedó garantizado el derecho de las solicitantes al informe de auditoría de cuentas, dado que la sociedad procedió a la inscripción del nombramiento, el cual consta inscrito en el momento de dictarse la presente resolución.

IV

Contra dicha resolución las solicitantes de la auditoría, doña ….. y doña ….., interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que han existido notables irregularidades en la convocatoria de la Junta General extraordinaria, tal como resulta de los estatutos sociales. 2.º) Que en contra de lo dispuesto en la ley de Sociedades de Capital la Junta General no procedió a designar auditores suplentes. 3.º) Que la única forma de auditar las cuentas anuales de una sociedad obligada es la solicitada por la minoría social. Así se deduce del artículo 366.5 del Reglamento del 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 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 en contra de lo que entienden las recurrentes, las sociedades no sujetas por ley a la obligación de verificación contable pueden, si lo consideran oportuno, nombrar auditor de cuentas para un/ unos determinados ejercicios sociales. La única diferencia respecto a las que lo están es que en las primeras no rigen las normas sobre competencia exclusiva de la Junta general, ni tampoco sobre plazos para nombrar auditor de cuentas. En otras palabras, en las sociedades que pueden presentar sus cuentas en el Registro Mercantil en forma abreviada tanto el órgano de administración social, como la Junta general de la compañía pueden proceder al nombramiento de auditor de cuentas.

2.º Por lo que se refiere a loas irregularidades que las recurrentes atribuyen a la convocatoria de la Junta General, el limitado ámbito de conocimiento atribuido por el Reglamento del Registro Mercantil a este procedimiento de nombramiento registral de auditor, impide a este Centro Directivo entrar a dilucidar dichas cuestiones. No obstante, los socios siempre podrán impugnar los acuer-

dos que consideren irregulares adoptados por la Junta general ante el Juzgado de lo Mercantil competente por razón del domicilio social de la compañía.

3.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 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.

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 sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios, que podría eludir fácilmente a través del sencillo procedimiento de retrasar indefinidamente la presentación de las cuentas.

En el caso presente, procede confirmar la decisión del Registrador Mercantil de Burgos pues la sociedad acreditó la anterioridad del nombramiento de auditor de cuentas mediante la aportación del Acta notarial de la Junta general Universal celebrada el 26 de noviembre de 2012 y, asimismo, procedió a presentar para su inscripción los documentos que acreditan la contratación de la auditoría, la cual en el momento en el que el Registrador Mercantil dictó su resolución causó la correspondiente inscripción en la hoja abierta a la sociedad. Por tanto, ha quedado garantizado el derecho de la minoría al referido informe de las cuentas del ejercicio 2012, dado que cuanto presenten en el Registro Mercantil las referidas cuentas para su depósito habrán de acompañarlas del informe de auditoría elaborado por el auditor inscrito.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….. y doña ….., solicitantes de la auditoría de

cuentas para la sociedad de «Construcciones Peláez, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Burgos de 14 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Burgos.

Resolución de 11 de julio de 2013 (2.ª)

En el expediente 74/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Frenos y Embragues Palencia, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., don ….. y don ….., presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Palencia el 5 de marzo de 2013 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 titulares del 27,5% del capital social de «Frenos y Embragues Palencia, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2013.

II

Notificada por el Registrador Mercantil de dicha instancia, la sociedad, a través de su representante y apoderada, doña ….., tal como acreditó aportando la escritura pública de apoderamiento, autorizada por el notario de Palencia, don Juan Carlos Villamuza Rodríguez, el 12 de marzo de 2012, con el núm. 352 de protocolo, alegando, resumidamente: 1.º) Que los solicitantes carecen de legitimación para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que forman parte de una comunidad de gananciales en la que no se ha producido la liquidación de la sociedad de gananciales ni la partición hereditaria, por lo que todavía no existe la adjudicación de las participaciones sociales. 2.º) Que la solicitud adolece de graves defectos formales, dado que no se ha solicitado la auditoría por todos de los herederos que forman parte de la comunidad hereditaria, sino solo por unos. Tam-

poco se aporta a la instancia documento alguno que acredite la titularidad sobre las participaciones sociales que dicen forman parte del haber hereditario. 3.º) Que el Registrador Mercantil de Palencia carece de competencia objetiva para resolver la solicitud. 4.º) Que la solicitud es incongruente, puesto que, lo que en realidad pretenden, es el nombramiento de un auditor de cuentas que determine el valor de las participaciones sociales que citan en la instancia.

III

A la vista de dicho escrito, el Registrador Mercantil de Palencia, con fecha de 18 de marzo de 2013 acordó conceder a los solicitantes el plazo de diez días para que alegaran lo que estimaran conveniente en defensa de su derecho. Lo que así hicieron, mediante escrito de 27 de marzo de 2013, suscrito por doña …..,, don ….., don ….. y doña ….., en el que solicitan la desestimación de la oposición al nombramiento, procediéndose con lo previsto en el artículo 354.2 RRM, en lo relativo a la designación de auditor.

IV

Con fecha de 2 de abril de 2013, el Registrador Mercantil de Palencia acordó desestimar la oposición de la sociedad. Señaló, en cuanto a la falta de legitimación de los solicitantes que el fallecimiento de don ….., titular de 5.000 participaciones sociales núms. 1 a 5.000, dio lugar al nacimiento de la denominada «comunidad hereditaria», encuadrándose entre las que la doctrina llama comunidad germánica o «en mano común». La misma se caracteriza porque sus integrantes no ostentan una cuota concreta sobre los bienes objeto de la misma, sino un derecho sobre el conjunto de bienes que integran la herencia. No existe tampoco norma alguna que obligue a cesar en la indivisión y a que los bienes hereditarios sean adjudicados a los integrantes de la comunidad. Por ello, en la medida en que permanecen en la indivisión, se reconoce a los comuneros el derecho a ejercer cuantas acciones sean pertinentes para la protección y conservación de sus bienes y derechos. Es indudable que el derecho reconocido en el artículo 359 del RRM debe encuadrarse entre los que corresponden a los partícipes tendentes a la conservación y defensa del valor de los bienes integrantes de la comunidad hereditaria. En cuanto a los defectos de tramitación, gestión y procedimiento, el escrito de oposición indica la falta de solicitud de uno de los herederos y la no aportación de documentación que acredite la titularidad. En relación con la primera alegación indicar que en la contestación al escrito de oposición formulado por la sociedad «Frenos y Embragues Palencia S.L.», se subsana el pretendido defecto al incorporarse a la solicitud de nombramiento de auditor doña ….., única heredera que no firmó la solicitud inicial. Por otra parte señalar que bastaría que cualquier comunero lo hubiera solicitado tal como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. En relación con el segundo defecto alegado, señalar que se aporta el certificado de defunción de don ….. y el testamento otorgado por él ante el notario de Palencia, don. José María Machín Acosta, el día 8 de febrero de 2012, siendo de conformidad con el artículo 14 de la L.H. título de la sucesión hereditaria y por tanto en este caso acreditativo de la condición de herederos que ostentan todos los solicitantes. Sobre la falta de competencia objetiva del Registrador Mercantil de Palencia, de conformidad con el artículo 359 del RRM los socios de una sociedad de responsabilidad limitada podrán solicitar del Registrador Mercantil del domicilio social el nombramiento de un auditor de cuentas cuando concurran las circunstancias señaladas en dicho artículo. Asimismo, el artículo 17 del RRM señala que para la determinación del Registrador que haya de encargarse del nombramiento de auditor será competente el del domicilio de la

sociedad, siendo así que la sociedad «Frenos y Embragues Palencia S.L.» está domiciliada en Patencia, el Registrador que suscribe es el competente para su nombramiento. Sobre la incongruencia de la solicitud: Se señala en el escrito de oposición que la pretensión de los solicitantes es conocer el valor real de la sociedad en el año 2013 lo que es incongruente con el nombramiento de auditor de cuentas. Cabe indicar que en el escrito de solicitud se señala también como causa: El fin de la auditoría es el de «verificar la imagen fiel y la veracidad mostrada en las cuentas anuales. Por si quedase resto de duda sobre el propósito de la solicitud, en el escrito de contestación al de oposición de la Sociedad, se reitera que las solicitudes de nombramiento de auditor de cuentas para la verificación de las cuentas anuales. Por último, sobre el incumplimiento de las disposiciones de los Estatutos sociales: Se objeta la falta de documento público en que se formalice la transmisión de participaciones la comunicación por escrito a la Sociedad para su constancia en el Libro-Registro, sin cuyo requisito el socio no podrá pretender el ejercicio de los derechos que le correspondan contra la sociedad. La respuesta a esta objeción habrá que ponerla en relación con la constitución de una comunidad hereditaria que determina la inexistencia de un título traslativo de la titularidad de las participaciones entre los comuneros. Por ello no puede darse cumplimiento a la previsión estatutaria, sin que desde luego ello suponga la privación de un derecho legalmente reconocido como es el de solicitar el de nombramiento de auditor.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada antes esta Dirección General, reiterando los argumentos aducidos en su escrito de oposición que, en consecuencia de dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió: 1.º) Que no queda acreditada la legitimación activa de los solicitantes, puesto que no consta que aceptaran la herencia, ni que se hubiera liquidado la sociedad de gananciales. 2.º) Que el Registrador mercantil no dio cumplimiento a la previsión estatutaria que exige la constancia en documento público de toda adquisición de participaciones sociales.

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 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009, 15 de abril y 22 de octubre de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Palencia. En efecto, la legitimación de los solicitantes de la auditoría de cuentas ha quedado ampliamente acreditada en este procedimiento mediante el certificado de defunción de don ….. y copia del testamento otorgado por él ante el notario de Palencia, don José María Machín Acosta, el día 8 de febrero de 2012, del que resulta que instituyó herederos de todos sus bienes y derechos a los solicitantes de la auditoría de cuen-

tas y a doña ….. que, en virtud del escrito de 27 de marzo de 2013 se personó en el procedimiento sumándose a la petición de los anteriores.

No es preciso esperar a la partición y adjudicación de la herencia para ejercitar un acto de gestión y administración de los bienes que la integran como es el de solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas para verificar las correspondientes al último ejercicio, dado que la herencia yacente se caracteriza por existir una cootitularidad 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 de los bienes por cualquiera de los llamados a la herencia pero, en ningún caso lo está la facultad de administración y gestión de los mismos.

El título público de la sucesión es el testamento del causante y propietario, entre otros bienes, de 5.000 participaciones de la sociedad que, unido al certificado de defunción, constituyen los documentos públicos que dieron lugar a la comunidad de herederos del fallecido don Luis Miguel Sanz Gallo.

Tampoco es preciso que los herederos hayan de manifestar su voluntada de aceptar la herencia, basta para entenderla aceptada que hayan realizado actos que hagan suponer su voluntad inequívoca en tal sentido, como puede ser, en este caso, la misma solicitud dirigida al Registrador Mercantil para que nombre un auditor de cuentas con el fin conocer, mediante el informe de auditoría del último ejercicio, la verdadera situación patrimonial y financiera de la compañía de la que son socios *(cfr.* art. 999 del Código Civil).

A mayor abundamiento, la sociedad ha tenido pleno conocimiento de la transmisión de las participaciones operada a favor de los solicitantes de la auditoría de cuentas, por el traslado de la instancia y documentos adjuntos a la administración social que el Registrador Mercantil realizó para que pudiera presentar su oposición.

2.º Deben rechazarse también los defectos de forma que la sociedad atribuye a la instancia, pues fue presentada ante el Registrador Mercantil que debe proceder al nombramiento de auditor de cuentas, tal como se deduce del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, en relación con el artículo 17 y 359.1 del Reglamento del Registro Mercantil, que es el determinado por razón del domicilio social de la compañía, en este caso Palencia.

La solicitud es plenamente congruente con lo que resolvió el Registrador Mercantil, a saber: la procedencia del nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012, tal como resulta de la propia instancia y del escrito de 27 de marzo de 2013, en el que los solicitantes dieron cumplimiento al tramite de alegaciones que les requirió el Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso interpuesto por doña ….., representante de la entidad mercantil «Frenos y Embragues Palencia, S.L.», contra la resolución del Registrador Mercantil de Navarra de 2 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Palencia.

Resolución de 11 de julio de 2013 (3.ª)

En el expediente 77/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Perfil Sport, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 25 de marzo de 2013 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 «Perfil Sport, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don …, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que el solicitante de la auditoría de cuentas ha formulado su solicitud con manifiesto abuso de derecho y ánimo de perjudicar la marcha de la sociedad, pues era socio también de la entidad mercantil «Círculo de Servicios, S.L.», hasta el 13 de junio de 2013, momento en el cual abandonó la empresa. Desde entonces sigue siendo socio minoritario de la compañía, si bien ofreció la transmisión de sus participaciones a los socios que quedaron y que representaban el 95% y el 85% del respectivo capital social. 2.º) Que el solicitante junto con otros trabajadores de la referida empresa realizaron actos de competencia desleal, por cuanto que prepararon en sede del «Círculo de Servicios, S.L.», la constitución de una sociedad para la que actualmente trabajan. Ante esta situación la sociedad inició acciones en vía civil y penal por un presunto delito de hurto,

daños informáticos, descubrimiento y revelación de secretos, admitida a trámite por el Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid, Diligencias Previas número 3896/2011, según resulta del Auto de 28 de julio de 2011. En dicho procedimiento el solicitante intentó el sobreseimiento del expediente, el cual fue desestimado por dicho Juzgado, decisión que fue conformada por la Audiencia Provincial de Madrid que desestimó, por Auto de 2 de abril de 2013, el recurso de apelación interpuesto contra el mismo. 3.º) Que, como reacción a las actuaciones judiciales iniciadas por la empresa, el solicitante inició diferentes procedimiento con el único fin de presionar al resto de los socios para que cesaran en sus procedimientos abiertos, lo que no ocurrió. Sin ir más lejos el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid dictó la sentencia de 25 de marzo de 2013, en el Procedimiento ordinario 495/2011, desestimando íntegramente la demanda de impugnación de acuerdos sociales interpuesta por el procurador del solicitante. 4.º) Que, si prosperara la petición de auditoría de cuentas dirigida por el solicitante al Registrador Mercantil, la sociedad tendría que afrontar una serie de gastos que, en las presentes circunstancias, son imposibles de asumir.

III

La Registradora Mercantil número VIII de Madrid, con fecha 11 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, por entender que reuniendo el solicitante las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas, no podían prosperar ninguna de las alegaciones societarias. Respecto del ejercicio abusivo del derecho, mantuvo que, según ha establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado en diversas Resoluciones (22 de junio de 2005, 23 de octubre y 20 de noviembre de 2009, 21 de marzo y 29 de noviembre de 2010, 07 de febrero de 2013, entre otras), la posible finalidad maliciosa no le priva de ejercitar su derecho. Señalando que «resulta imposible examinar en este trámite, debido a lo limitado del conocimiento que legalmente tiene atribuido, las motivaciones que llevan al socio a solicitar el nombramiento de auditor. Estas motivaciones podrán o no ser legítimas, o responder o no a un ejercicio abusivo de derecho o antisocial del mismo (artículos 6 y 7 del Código Civil), pero las determinaciones internas de la voluntad no pueden ser analizadas en este procedimiento, y no sólo porque las intenciones contrarias a la buena fe o al abuso del derecho no puedan presumirse nunca, sino porque, además, siempre queda abierta a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los daños causados». En relación a las actuaciones de competencia desleal por parte del solicitante y otros trabajadores de la empresa, la Dirección General de los Registros y del Notariado estima que las conductas desleales o la supuesta utilización desleal del informe tendrán su corrección por otros medios (incluidos los resultantes del artículo 1.902 del Código Civil), pero no pueden impedir al socio ejercitar la plenitud de sus derechos. La ley no impide la auditoría a quienes sean socios de otras compañías, y ello, porque se limitan a ejercitar un derecho que les corresponde como socios, aunque esas sociedades tengan el mismo objeto social (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de junio de 2005, de 28 de noviembre de 2005 y de 29 de marzo de 2006, entre otras. La existencia de los procedimientos judiciales alegados (no afectan a la sociedad objeto del presente expediente), es una cuestión civil o penal, que no tiene por objeto resolver sobre la legitimación de la solicitante y es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado declarando que este procedimiento especial sobre nombramiento de auditor sólo se vería afectado si existiese litispendencia en torno a la titularidad de las participaciones que han servido al socio para legitimar su derecho al nombramiento –no

es el caso que nos ocupa. En cuanto a la alegación de que la sociedad no puede asumir los gastos de la auditoría, tampoco puede admitirse como causa de oposición. El artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que regula el derecho a la verificación contable, es taxativo –sin que quepa margen interpretativo alguno– tanto al fijar las condiciones para su ejercicio como al disponer que los gastos que origina la auditoría han de correr a cargo de la sociedad; y así lo ha ratificado la Dirección General de los Registros y del Notariado en varias Resoluciones (30 de mayo de 2007, 11 de marzo y 29 de octubre de 2009 03 de noviembre de 2010, 21 de julio de 2011 y 02 de octubre y 07 de noviembre de 2012, entre otras. Con independencia de que la sociedad entregue toda la información 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. En efecto 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 que aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de septiembre de 2007, 2 de abril de 2008, 11 de marzo y 27 de abril de 2009, 10 de marzo de 2010, 24 de septiembre y 04 de octubre de 2012, 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 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, 3 de mayo y 24 de noviembre de 2009, 24 de septiembre y 4 de octubre de 2012.

1.º El presente expediente plantea diversas cuestiones sobre las que este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente. La primera de ellas, relativa al ejercicio abusivo del derecho que la sociedad atribuye al solicitante, debe ser rechazada, pues como ha mantenido este Dirección General el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide examinar las motivaciones que han llevado al peticionario a solicitar la auditoría, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su

utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(cfr.* artículos 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.

Y en este contexto también se ha de señalar que la supuesta utilización desleal que el socio puede hacer del informe de auditoría, no debe impedir que ejercite su derecho pues, si así fuera, esta actuación tendría su corrección por otros medios previstos en nuestro Ordenamiento jurídico.

2.º La existencia de procedimientos judiciales abiertos no pueden privar al socio minoritario del ejercicio de un derecho que la ley le reconoce, dado que en ninguno de los procedimientos citados por el recurrente se ha cuestionado la condición de socio del solicitante de la auditoría de cuentas ni la propiedad que ostenta sobre un número de participaciones sociales representativas del 5% de capital legalmente exigido para ejercitar el derecho.

3.º Tampoco la alegación sobre las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor, dado 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. Dicho precepto tampoco contempla excepción alguna a esta obligación de la empresa afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor y, por ello, 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 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador solidario de «Perfil Sport, S.L.» contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número 8 de Madrid 13 de febrero de 2009.

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

Madrid, 11 de julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VIII de Madrid.

Resolución de 11 de julio de 2013 (4.ª)

En el expediente 90/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Círculo de Servicios, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 25 de marzo de 2013 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 «Círculo de Servicios, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que el solicitante de la auditoría de cuentas ha formulado su solicitud con manifiesto abuso de derecho y ánimo de perjudicar la marcha de la sociedad, pues fue socio trabajador de la compañía hasta el 13 de junio de 2013, momento en el cual abandonó la empresa. Desde entonces sigue siendo socio minoritario de la compañía, si bien ofreció la transmisión de sus participaciones a los socios que quedaron y que representaban el 95% y el 85% del respectivo capital social. 2.º) Que el solicitante junto con otros trabajadores de la referida empresa realizaron actos de competencia desleal, por cuanto que prepararon en sede del «Círculo de Servicios, S.L.» la constitución de una sociedad para la que actualmente trabajan. Ante esta situación la sociedad inició acciones en vía civil y penal por un presunto delito de hurto, daños informáticos, descubrimiento y revelación de secretos, admitida a trámite por el Juzgado de Instrucción número 37 de Madrid, Diligencias Previas número 3896/2011, según resulta del Auto de 28 de julio de 2011. En dicho procedimiento el solicitante intentó el sobreseimiento del expediente, el cual fue desestimado por dicho Juzgado, decisión que fue conformada por la Audiencia Provincial de Madrid que desestimó, por Auto de 2 de abril de 2013, el recurso de apelación interpuesto contra el mismo. 3.º) Que, como reacción a las actuaciones judiciales iniciadas por la empresa, el solicitante inició diferentes procedimientos con el único fin de presionar al resto de los socios para que cesaran en sus procedimientos abiertos, lo que no ocurrió. Sin ir más lejos el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid dictó la sentencia de 25 de marzo de 2013, en el Procedimiento ordinario 495/2011, desestimando íntegramente la demanda de impugnación de acuerdos sociales interpuesta por el procurador del solicitante. 4.º) Que, si prosperara la petición de auditoría de cuentas dirigida por el solicitante al Registrador Mercantil, la sociedad tendría que afrontar una serie de gastos que, en las presentes circunstancias, son imposibles de asumir.

III

La Registradora Mercantil número 6 de Madrid, con fecha 10 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, por entender que reuniendo el solicitante las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas, no podían prosperar ninguna de las alegaciones societarias. Respecto del ejercicio abusivo del derecho, mantuvo que, según ha establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado en diversas Resoluciones (22 de junio de 2005, 23 de octubre y 20 de noviembre de 2009, 21 de marzo y 29 de noviembre de 2010, 07 de febrero de 2013, entre otras), la posible finalidad maliciosa no le priva de ejercitar su derecho. Señalando que «resulta imposible examinar en este trámite, debido a lo limitado del conocimiento que legalmente tiene atribuido, las motivaciones que llevan al socio a solicitar el nombramiento de auditor. Estas motivaciones podrán o no ser legítimas, o responder o no a un ejercicio abusivo de derecho o antisocial del mismo (artículos 6 y 7 del Código Civil), pero las determinaciones internas de la voluntad no pueden ser analizadas en este procedimiento, y no sólo porque las intenciones contrarias a la buena fe o al abuso del derecho no puedan presumirse nunca, sino porque, además, siempre queda abierta a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los daños causados». En relación a las actuaciones de competencia desleal por parte del solicitante y otros trabajadores de la empresa, la Dirección General de los Registros y del Notariado estima que las conductas desleales o la supuesta utilización desleal del informe tendrán su corrección por otros medios (incluidos los resultantes del artículo 1.902 del Código Civil), pero no pueden impedir al socio ejercitar la plenitud de sus derechos. La ley no impide la auditoría a quienes sean socios de otras compañías, y ello, porque se limitan a ejercitar un derecho que les corresponde como socios, aunque esas sociedades tengan el mismo objeto social (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de junio de 2005, de 28 de noviembre de 2005 y de 29 de marzo de 2006, entre otras. La existencia de los procedimientos judiciales alegados (no afectan a la sociedad objeto del presente expediente), es una cuestión civil o penal, que no tiene por objeto resolver sobre la legitimación de la solicitante y es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado declarando que este procedimiento especial sobre nombramiento de auditor sólo se vería afectado si existiese litispendencia en torno a la titularidad de las participaciones que han servido al socio para legitimar su derecho al nombramiento –no es el caso que nos ocupa. En cuanto a la alegación de que la sociedad no puede asumir los gastos de la auditoría, tampoco puede admitirse como causa de oposición. El artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que regula el derecho a la verificación contable, es taxativo –sin que quepa margen interpretativo alguno– tanto al fijar las condiciones para su ejercicio como al disponer que los gastos que origina la auditoría han de correr a cargo de la sociedad; y así lo ha ratificado la Dirección General de los Registros y del Notariado en varias Resoluciones (30 de mayo de 2007, 11 de marzo y 29 de octubre de 2009r 03 de noviembre de 2010, 21 de julio de 2011 y 02 de octubre y 07 de noviembre de 2012, entre otras. Con independencia de que la sociedad entregue toda la información 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. En efecto 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 que aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de septiembre de 2007, 2 de abril de 2008, 11 de marzo y 27 de abril de 2009, 10 de marzo de 2010, 24 de septiembre y 04 de octubre de 2012, 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 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, 3 de mayo y 24 de noviembre de 2009, 24 de septiembre y 4 de octubre de 2012.

1.º El presente expediente plantea diversas cuestiones sobre las que este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente. La primera de ellas, relativa al ejercicio abusivo del derecho que la sociedad atribuye al solicitante, debe ser rechazada, pues como ha mantenido este Dirección General el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide examinar las motivaciones que han llevado al peticionario a solicitar la auditoría, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(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.

Y en este contexto también se ha de señalar que la supuesta utilización desleal que el socio puede hacer del informe de auditoría, no debe impedir que ejercite su derecho pues, si así fuera, esta actuación tendría su corrección por otros medios previstos en nuestro Ordenamiento jurídico.

2.º La existencia de procedimientos judiciales abiertos no pueden privar al socio minoritario del ejercicio de un derecho que la ley le reconoce, dado que en ninguno de los procedimientos citados por el recurrente se ha cuestionado la condición de socio del solicitante de la auditoría de cuentas ni la propiedad que ostenta sobre un número de participaciones sociales representativas del 5% de capital legalmente exigido para ejercitar el derecho.

3.º Tampoco la alegación sobre las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor, dado 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. Dicho precepto tampoco contempla excepción alguna a esta obligación de la empresa afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor y, por ello, 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 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador solidario de «Círculo de Servicios, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil número VI de Madrid 10 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil número VI de Madrid.

Resolución de 12 de julio de 2013

En el expediente 22/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Argamasilla Urbana, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante, el 16 de enero de 2013 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 «Argamasilla Urbana, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su administradora solidaria, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad ha procedido a contratar los servicios de auditoría de don ….., que aceptó el nombramiento. Adjuntó al escrito de oposición dicho contrato de auditoría. 2.º) Que la situación económica de la sociedad es crítica, dado que carece de activos y no percibe ingresos por su actividad. Los únicos hechos computables son los resultados de los juicios que la sociedad tiene contra el solicitante.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 6 de febrero de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que para que el nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad pueda enervar el derecho del socio deben concurrir dos condiciones las condiciones, con arreglo a la reiterada doctrina exigida 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, la auditoría voluntaria alegada por la sociedad no reúne ninguna de las dos condiciones exigidas por el 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.

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 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º Se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la socie-

dad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 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 la anterioridad de la auditoría voluntaria que contrató, dado que la copia del certificado emitido por doña ….., así como la carta de aceptación del auditor de cuentas, don ….., fueron legitimadas por el Notario, don José Luis López Orozco, el 31 de enero de 2013.

Tampoco ha quedado garantizado el derecho del socio al informe de auditoría, dado que no procedió a inscribir el nombramiento de auditor de cuentas en el Registro Mercantil, ni incorporó el informe de auditoría de las cuentas del 2012 al expediente, ni tampoco lo puso a disposición del socio minoritario y, consecuentemente, no ha podido enervar su derecho al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

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, puesto 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 doña ….., administradora solidaria de «Argamasilla Urbana, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Alicante de 6 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 13 de julio de 2013

En el expediente 84/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bermanfe, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Salamanca el 21 de marzo de 2013 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 «Bermanfe, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2013.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que el órgano de administración de la sociedad el 20 de diciembre de 2012 procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas Simón Moretón Auditores, S.L. por un periodo de tres anualidades. Este nombramiento fue aceptado por el representante de la firma auditora. Finalmente, previa presentación el 29 de diciembre de 2012 consta en el Registro la inscripción de dicho nombramiento en la hoja abierta a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Salamanca, con fecha 25 de abril de 2013, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que el nombramiento voluntario de auditor realizado por la sociedad, reúne las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, que son: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En el caso presente, la sociedad nombró auditor de cuentas para los ejercicios 2012, 2013 y 2014 y, asimismo, el nombramiento causó la inscripción número 11.ª en la hoja abierta a la sociedad.

IV

Contra dicha resolución el solicitante de la auditoría de cuentas, don ….., interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Que la Junta general de la sociedad no fue convocada ara proceder al nombramiento de auditor de cuentas, pese a ostentar el 24% del capital social de la compañía. 2.º) Que esta falta de convocatoria obedece a una política de falta de información generalizada sobre el estado actual de la sociedad. 3.º) Que la sociedad designada como auditora ya recibió el encargo de emitir informe de auditoría de las cuentas del 2011 por el Registrador Mercantil y tal informe no pudo emitirse por falta de colaboración de la sociedad. 4.º) Que el 27 de enero de 2013 recibió comunicación del auditor don …... comunicándole que no había podido emitir el informe por no haber sido formuladas las cuentas anuales. Por esta razón entiende que tal comunicación del auditor no cumple con las exigencias del artículo 7.1 del Reglamento de desarrollo del Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 264, 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 No puede prosperar la pretensión del recurrente, dirigida a anular el acuerdo del Registrador Mercantil por el hecho de que no haya sido la Junta General de la sociedad la que procedió al nombramiento voluntario de auditor de cuentas. Como este Centro Directivo ha mantenido en aplicación de lo dispuesto en el artículo 264 de la ley de Sociedades de Capital esta atribución competencial a favor del órgano supremo de la sociedad solo reza para las

sociedades obligadas a la verificación contable por no poder presentar en el Registro Mercantil sus cuentas anuales en modelo abreviado. Respecto de las sociedades que en principio no están sujetas a esta obligación de verificación contable, el órgano de administración social puede también proceder al nombramiento de auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración de la compañía *(cfr.* artículo 264 en relación con los artículos 272 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º En cuanto al derecho del solicitante al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil que es la cuestión de fondo planteada en este expediente, este Centro Directivo ha mantenido que para que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas pueda enervar el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital reconoce a los socios minoritarios, debe reunir dos condiciones, que son: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

En el caso presente ambas condiciones aparecen cumplidas, dado que la sociedad procedió a la contratación de auditor de cuentas para la revisión de los ejercicios correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014 con anterioridad a la petición de los solicitantes y presentó la documentación requerida para la inscripción del nombramiento el 29 de diciembre de 2012, siendo finalmente practicada la inscripción número 11.ª que recoge el nombramiento voluntario de auditor de cuentas. Por lo que, en esta ocasión no procede el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil, dado que el nombramiento de auditor efectuado por la sociedad ha enervado el derecho de los socios minoritarios.

3.º No ha de importar para llegar a esta conclusión que el auditor voluntariamente nombrado por la sociedad con fecha de 27 de enero de 2013 no hubiera podido emitir el informe de auditoría, puesto que la administración social tiene tres meses para formular las cuentas del ejercicio vencido y a partir de la formulación habrá de ser convocada la Junta general que decida sobre su aprobación. El derecho del socio queda garantizado por la propia inscripción del nombramiento a la que ya se ha hecho referencia, dado que la sociedad cuando presente en el Registro Mercantil las cuentas anuales para su depósito habrá de acompañarlas del informe de auditoría de cuentas realizado por el auditor inscrito en la hoja abierta a la sociedad, al cual podrán tener acceso no solo los socios minoritarios, sino también terceras personas interesadas en conocer la marcha de la empresa *(cfr.* art. 366.1.5) del Reglamento del Registro Mercantil en relación con el último inciso del número 1 del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., solicitante del nombramiento de auditor de cuentas para la sociedad «Bermanfe, S.L.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Salamanca el 25 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Salamanca.

Resolución de 15 de julio de 2013 (1.ª)

En el expediente 78/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «La Casa de la Construcción Hermanos Ramas, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Zaragoza el 27 de marzo de 2013, solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y del artículo 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «La Casa de la Construcción Hermanos Ramas, S.L.», y no encontrarse la sociedad incluida en los supuestos legalmente establecidos de revisión obligatoria de las cuentas anuales e informe de gestión, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que es cierto que en los Estatutos Sociales, y en la propia Ley de Sociedades de Capital, se reconoce a los socios con más del 5% por ciento del capital social, el derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un Auditor de Cuentas, aún cuanto la sociedad no esté legalmente obligada a su nombramiento, siendo de cuenta de la sociedad el

pago de los gastos que ocasione la auditoría. La razón de ser del reconocimiento de este derecho no es otra, que la de tratar de proteger a los socios minoritarios frente a los mayoritarios, dotándoles de los resortes necesarios para ejercer otros dos derechos de capital importancia en este tipo de sociedades, el derecho a la información y el derecho a asistir y votar en las Juntas. 2.º) Que, aún siendo conscientes por tanto de lo limitado del ámbito del procedimiento en el que nos encontramos, y del criterio del legislador, quien reconoce sin limitación alguna el derecho del socio minoritario a solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas, en el supuesto de hecho en el que nos encontramos, concurren circunstancias excepcionales para fundamentar la oposición a dicho nombramiento, circunstancias que entendemos que el Sr. Registrador deberá de tener en consideración a la hora de dictar la resolución que proceda. 3.º) Que existe una estrecha relación entre este expediente, el núm. 32/2013, y el que se está siguiendo ante este mismo Registro con idéntico objeto bajo el numero correlativo siguiente, el núm. 31/2013, relativo a la Sociedad «Espacio Urbano Siglo XXI, SL» pues los socios de ambas sociedades son los mismos, el matrimonio formado por don ….. y doña …..., por un lado; y el matrimonio formado por don ….. y doña …..., otro, quienes por cierto son los solicitantes en ambos expedientes. Debe igualmente tenerse en cuenta que la solicitante sigue siendo administradora solidaria de la mercantil «Espacio Urbano Siglo XXI, SL», y lo fue de esta compañía hasta el pasado 6 de marzo de 2013, según resulta de las escritura aportada como Documento núm. 1, figurando por tanto entre sus obligaciones como administradora la de redactar y someter a la aprobación de la Junta de Socios, las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2012, de cuya elaboración responde por su condición de Administradora Solidaria. Con ello entendemos que queda más que evidenciado que con el ejercicio de este derecho se persigue una finalidad espuria al margen del derecho, dado que lo que pretende la solicitante es que se auditen unas cuentas anuales de cuya elaboración y redacción debe de responder por su condición de Administradora Solidaria, lo que a todas luces resulta ajeno al espíritu de la norma que le reconoce el derecho: la protección del socio minoritario frente al mayoritario. 4.º) Que a cuanto antecede debe de añadirse la difícil situación económica que esta pasando la sociedad, como todas las del sector, la cual carece de recursos financieros propios con los que hacer frente al pago de los gastos de la auditoría, y aún cuando somos conscientes del criterio mantenido a este respecto por la Dirección General, debemos dejar constancia de esta situación, dado que para poder hacer frente a estos gastos, va a ser necesaria la adopción de alguna medida extraordinaria. En términos de oportunidad no resulta muy afortunada la solicitud de una auditoría de cuentas de quien por su condición de Administradora Solidaria tenía la obligación de proceder a su redacción.

III

El Registrador Mercantil de Zaragoza, con fecha 15 de abril de 2013, acordó desestimar la solicitud formulada por la solicitante. Tras señalar que reunía las condiciones de capital y tiempo, mantuvo que no es motivo en virtud del cual pueda prosperar la oposición al nombramiento de auditor la falta de liquidez de la sociedad, dados los claros términos en que se manifiesta el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital. 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 fácticas 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 regístrales 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 supues-

tos, 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. Tampoco es causa en virtud del cual pueda prosperar la oposición al nombramiento de auditor los motivos que se atribuyen al solicitante para realizar su petición, ni la certeza de sus manifestaciones, dados los claros términos en que se manifiesta el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital. En relación con la posible alegación, como causa de oposición al nombramiento, de un pretendido abuso del derecho, cabe señalar La Resolución de la Dirección General de los Registro y del Notariado de 24 de abril de 2000: «Tampoco sirve para desvirtuar la decisión registral la advocación del artículo 7 del Código Civil, invocando la falta de legitimación del socio por abuso de derecho, derivado de su ejercicio con mala fe, puesto que existe también ya abundantísima doctrina de este Centro Directivo señalando que resulta imposible examinar 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 esas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe y no ampara, por el contrario, el abuso del 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 sólo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil *(cfr.* art. 2.002 del Código Civil) para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. Como ha puesto de manifiesto reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado 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. Con ello se determina, el no poderse aceptar que el motivo de la solicitante en su instancia, es causa para oponerse al nombramiento de auditor. Sin embargo, si que en el caso que nos ocupa concurre una circunstancia que haría prosperar la oposición al nombramiento de auditor. La solicitante doña María Ángeles Calavia Miranda fue administradora solidaria de la sociedad hasta el 06 de marzo de 2013. Dicha circunstancia priva de legitimación al solicitante, de conformidad con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de diciembre de 2008, que viene a señalar que el socio pierde el derecho que le atribuye la ley de solicitar el nombramiento de auditor si hubiera podido encargarla por sí solo, como acto de gestión social, sin necesidad de acudir al Registro, añadiendo que «en el caso que nos ocupa, la concurrencia en el peticionario de la condición de administrador solidario ... es obvio que le impide por ello el ejercicio de tal derecho ... puesto que, como tal, pudo encargarla por sí solo, lo que no hubiera podido hacer de ser administrador mancomunado *(cfr.* artículo 1.692 del Código Civil).

IV

Contra dicha resolución doña ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, resumidamente:

1.º) Que fue administradora solidaria hasta el 6 de marzo de 2013, fecha en la que se acordó la ampliación de capital social y se produce el cese de la administradora solidaria. El 7 de marzo del mismo año recibió un burorfax del nuevo administrador solidario conminándola a que deje de prestar sus servicios y entregue cuantas, documentos, elementos y cantidades en efectivo, de tal manera que perdió el control efectivo de la sociedad. 2.º) Que ante la maniobra del nuevo administrador solidario de expulsarles jurídica y materialmente de la compañía optó por solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas. Dicha solicitud se presentó el 27 de marzo y a día 23 de abril de 2013 no consta que se hayan formulado cuentas anuales. Queda patente que se ha producido un golpe de estado sobre el control de la sociedad y se ha hurtado del conocimiento y control de la empresa a las personas que tenían presencia en la entidad, aunque su formación y conocimiento no estuviesen a la altura de las circunstancias. Finalizó su escrito relacionando los fundamentos de derecho en los que basó su pretensión, así como las resoluciones de esta Dirección General de los Registros y del Notariado.

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 29 de junio de 2010.

Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Zaragoza que, siendo ajustada a derecho, no ha sido desvirtuada por las alegaciones de la recurrente. En efecto, sobre la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador social, este Centro Directivo ha mantenido que el hecho de que el socio minoritario ostente la condición de administrador social no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, propietario de un porcentaje de capital social no inferior al 5%. Esto solo ocurriría si durante el ejercicio económico para el que solicita la auditoría hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ostentado la administración solidaria, porque en este último caso, habría podido contratar por si mismo los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración, o que no habría podido hacer si la administración hubiera sido mancomunada pues en este último caso habría tenido que contar con el acuerdo y consentimiento de los demás *(cfr.* artículo 1.692 del Código Civil).

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que, como alega la solicitante de la auditoría, ha ejercido la administración solidaria de la compañía junto con otra administradora solidaria hasta el 6 de marzo de 2013, fecha en la que cesó en su cargo, es decir, lo fue hasta pocos días antes de presentar su instancia en el Registro Mercantil solicitado el nombramiento registral de auditor de cuentas, siendo así que el ejercicio de este cargo de administradora

le brindó la oportunidad de contratar los servicio de un auditor para verificar las cuentas anuales de la empresa, si hubiera creído conveniente disponer de un informe de auditoría.

Por tanto, se ha de rechazar su pretensión, pues no se estima conforme a derecho desencadenar una actividad registral, administrativa, o judicial con el fin de obtener lo que ha estado en la capacidad de quien lo solicita y dentro de su esfera de actuación personal.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., solicitante de la auditoría de cuentas para la sociedad «La Casa de la Construcción Hermanos Ramas, S.L.»,y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Zaragoza de 15 de abril de 2013.

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

Madrid, 15 de julio de 2012.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Zaragoza.

Resolución de 15 de julio de 2013 (2.ª)

En el expediente 79/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Transportes Dopico Vilaboy, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de A Coruña el 25 de marzo de 2013 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 «Transportes Dopico Vilaboy, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., alegando, en síntesis: Que si bien la solicitud parece que cumple con los requisitos legalmente establecidos, no obstante omite indicar la causa de la petición que debe responder a una causa seria y justificada y, además, debe expresarse no bastando la mera petición para que se presuma dicho interés. Esta exigencia no es arbitraria, sino que responde al deber de expresar un principio de causa.

III

El Registrador Mercantil de A Coruña, con fecha 8 de abril de 2013, 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 la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de auditoría previa.

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.

Procede confirmar el fundamento de derecho de la resolución dictada por el Registrador Mercantil de A Coruña. En efecto, sobre 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– que la causa de la petición de auditoría 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 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 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 pues tiene la misión de regular los supuestos en los que se puede solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas por el Registrador Mercantil en sociedades obligadas a la verificación contable, cuando su Junta general no lo hubiera nombrado antes de que finalice el ejercicio a auditar.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don ……, administrador de «Transportes Dopico Vilaboy, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de A Coruña el 8 de abril de 2013.

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

Madrid, 15 de julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 15 de julio de 2013 (3.ª)

En el expediente 80/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Autos Paco, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de A Coruña el 25 de marzo de 2013 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 «Autos Paco, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., alegando, en síntesis: Que si bien la solicitud parece que cumple con los requisitos legalmente establecidos, no obstante omite indicar la causa de la petición que debe responder a una causa seria y justificada y, además, debe expresarse no bastando la mera petición para que se presuma dicho interés. Esta exigencia no es arbitraria, sino que responde al deber de expresar un principio de causa.

III

El Registrador Mercantil de A Coruña, con fecha 8 de abril de 2013, 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 la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de auditoría previa.

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.

Procede confirmar el fundamento de derecho de la resolución dictada por el Registrador Mercantil de A Coruña. En efecto, sobre 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– que la causa de la petición de auditoría 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 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 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 pues tiene la misión de regular los supuestos en los que se puede solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas por el Registrador Mercantil en sociedades obligadas a la verificación contable, cuando su Junta general no lo hubiera nombrado antes de que finalice el ejercicio a auditar.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don ….., administrador de «Autos Paco, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de A Coruña el 8 de abril de 2013.

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

Madrid, 15 de julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 15 de julio de 2013 (4.ª)

En el expediente 81/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia des ocio de «El Baturro, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de A Coruña el 25 de marzo de 2013 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 «El Baturro, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., alegando, en síntesis: Que si bien la solicitud parece que cumple con los requisitos legalmente establecidos, no obstante omite indicar la causa de la petición que debe responder a una causa seria y justificada y, además, debe expresarse no bastando la mera petición para que se presuma dicho interés. Esta exigencia no es arbitraria, sino que responde al deber de expresar un principio de causa.

III

El Registrador Mercantil de A Coruña, con fecha 8 de abril de 2013, 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 la causa es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de auditoría previa.

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.

Procede confirmar el fundamento de derecho de la resolución dictada por el Registrador Mercantil de A Coruña. En efecto, sobre 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– que la causa de la petición de auditoría 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 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 pues tiene la misión de regular los supuestos en los que se puede solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas por el Registrador Mercantil en sociedades obligadas a la verificación contable, cuando su Junta general no lo hubiera nombrado antes de que finalice el ejercicio a auditar.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don ….., administrador de «El Baturro, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de A Coruña el 8 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 enero de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 15 de julio de 2013 (5.ª)

En el expediente 83/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Técnicas Gabur, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., don ….., don ….. y don ….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Valencia el 21 de marzo de 2013 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 titulares de más del 5% del capital social de «Técnicas Gabur, S.L.» el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad no está obligada a auditar sus cuentas y, por ello, si se llegara a aceptar la auditoría, los gastos que ésta comporta deben ser de cuenta de los solicitantes.

III

El Registrador Mercantil de Valencia, con fecha 9 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, por entender que la solicitud de auditoría de cuentas no supone ninguna medida excepcional y que el artículo 265.2 de la ley Sociedades de Capital dispone taxativamente que los gastos corres siempre 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 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 2010.

1.º Procede confirmar en esta resolución la decisión del Registrador Mercantil de Valencia que no hace sino reiterar la doctrina de este Centro Directivo conforme a la cual las sociedades que en principio no están obligas a presentar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil verificadas por un auditor de cuentas, pasan a estarlo cuando lo solicitan un /unos socios que representen al menos el 5% del capital social de la compañía, en base al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2.º Sobre la cuestión planteada por la sociedad de que sean los solicitantes quienes afronten los gastos de la auditoría de cuentas, se ha de recordar al recurrente la doctrina de este Centro Directivo, 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 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador de «Técnicas Gabur, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Valencia 9 de abril de 2013.

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

Madrid, 15 de julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 15 de julio de 2013 (6.ª)

En el expediente 85/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Riunatura, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Tarragona el 25 de marzo de 2013 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 «Riunatura S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad con escaso movimiento en los últimos tiempos y con nula capacidad económica, no puede hacer frente a los gastos de auditoría de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de Tarragona, con fecha 15 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, por entender que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo, sin que pueda prosperar el argumento relativo a los costes de auditoría, pues el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone taxativamente y sin que quepa margen interpretativo alguno que estos corren siempre 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 reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición y añadiendo que el solicitante tiene toda la información contable y 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 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 No pueden prosperar en esta Resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad. Respecto a sus dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, como indicó el Registrador Mercantil, 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 2012.

2.º Tampoco el conocimiento que haya podido tener el solicitante sobre la situación económica y financiera de la sociedad puede enervar su derecho al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil, dado que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el artículo 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 «Riunatura, S.L.» contra la Resolución dictada por la Registradora Mercantil de Tarragona 15 de abril de 2013.

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

Madrid, 15 de julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Tarragona.

Resolución de 16 de julio de 2013 (1.ª)

En el expediente 82/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Patontur, S.L.».

HECHOS

I

Don….. presentó un escrito en el Registro Mercantil Pontevedra el 11 de marzo de 2013 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 «Patontur, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011. Aportaba escritura de adjudicación y aceptación de herencia, otorgada ante el Notario de Nigrán don Víctor Manuel Vidal Pereiro, núm. 108 de su protocolo, a la que se unieron el certificado de defunción de doña Guadalupe Hermida Cabreira el día 12 de noviembre de 2010 y el testamento por ella otorgado el 8 de noviembre de 2010 ante el mismo Notario de Nigrán, don Víctor Manuel Vidal Pereiro, núm. 838 de su protocolo, en virtud de la cual sin perjuicio de los legados ordenados, instituye heredero a su único hijo, don Ismael Álvarez Hermida.

II

La sociedad, a través de su Administrador Único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Falta de legitimación del solicitante, puesto que la institución de heredero no le confiere la condición de socio de la compañía, pues no genera más que una expectativa de derecho. 2.º) Que la escritura de aceptación de la herencia aportada por el solicitante –sin relación de bienes concretos en testamento–, es también insuficiente para conferir al heredero la propiedad de las participaciones sociales que por formar parte del patrimonio del causante hayan de serle finalmente adjudicadas, puesto que ello requiere un acto expreso de manifestación, relación de bienes y adjudicación al respecto. 3.º) Que tampoco consta justificación documental acreditativa de que el solicitante haya realizado liquidación del impuesto de sucesiones respecto las concretas participaciones, ni en su caso, que éstas representasen el porcentaje exigido. 4.º) Que el artículo 6 de los Estatutos sociales de la compañía, establece a favor del socio sobreviviente un derecho de adquisición preferente de las participaciones del socio fallecido, que habrá de ejercitarse en el plazo de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria (art. 110.2 LSC); y habida cuenta que dicho plazo no ha transcurrido, no puede el heredero atribuirse legitimación para solicitar el nombramiento de auditor.

III

El Registrador Mercantil de Pontevedra, con fecha 22 de marzo de 2013, acordó estimar la solicitud. Mantuvo que sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente la Dirección General de los Registros y Notariado, manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso»– dice el precepto. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende. En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba por escrito: la escritura de aceptación de la herencia y entrega de legado otorgada el día 9 de febrero de 2012 ante el Notario de Nigrán, don Víctor Manuel Vidal Pereiro, núm. 108 de protocolo, en la que figuran como documentos unidos: –el certificado de defunción de doña ….., que da fe de su fallecimiento el día 12 de febrero de 2011;– y el testamento por ella otorgado el día 8 de noviembre de 2010 ante el mismo Notario de Nigrán, don Víctor Manuel Vidal Pereiro, núm. 838 de

protocolo, en virtud de la cual sin perjuicio de los legados ordenados, instituye heredero a su único hijo, don ….. En dicha escritura de aceptación de herencia y entrega de legado: –se expone que entre los bienes dejados por doña ….., figuran 1.504 participaciones sociales de la sociedad «Patontur, S.L.», núm.s 1.505 al 3.008, ambas inclusive, –representativas el 50% del capital social–; –el único heredero don Ismael Alvarez Hermida acepta la herencia de su madre;– y éste entrega el legado dispuesto en el testamento, esto es, el 10% de las participaciones sociales antes descritas, a doña ….. De todo ello resulta que, previa entrega del legado dispuesto en el testamento, don ….. como único heredero pasó a ser titular de más del 5% del capital social de la sociedad «Patontur, S.L.». Por su parte, la sociedad, que en ningún momento ha negado la condición de heredero del solicitante de la auditoría, pretende impedir el ejercicio de este derecho mediante la alegación de que el testamento no confiere al heredero la condición de socio, sino una expectativa de derecho que es insuficiente para sentar el principio de prueba mínimo exigido para solicitar el nombramiento de auditor. Pues bien, dicha alegación no puede prosperar, dado que cualquiera de los herederos –en este caso único heredero– está facultado para realizar actos de gestión y administración de los bienes que forman parte del caudal hereditario y, en consecuencia, puede solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, puesto que, a través de él, ejercita un derecho de gestión o administración, que no de disposición de bienes. (Fundamentos de derecho: RDGRN de 21 de mayo y 27 de octubre de 2009,17 de mayo, 6 de julio de 2010). Tampoco puede prosperar la alegación societaria que trata de impedir al solicitante el ejercicio del derecho so pretexto de que la escritura de aceptación de herencia aportada no basta para conferir al heredero propiedad respecto de las participaciones cuya titularidad invoca, puesto que: *a)* no es necesario que el heredero tenga que esperar a la adjudicación de la herencia para estar legitimado para solicitar la auditoría, sino que, basta con que acredite su condición de heredero –como lo ha hecho en este caso acreditando ser además el único heredero– de participaciones sociales que representan más de un 5% del capital social, para que pueda solicitar la auditoría (Fundamentos de derecho: RDGRN de 21 de mayo y 27 de octubre de 2009,17 de mayo, 6 de julio de 2010 y 27 de septiembre de 2010 y 29 de julio de 2011). A mayor abundamiento y en relación con esta cuestión cabe decir que para la inscripción de bienes adquiridos por herencia testada a favor de heredero único, la Ley Hipotecaria (art. 14) establece como título inscribible la disposición testamentaria pertinente *b)* ni tampoco es necesario que los llamados a la sucesión del testador tengan que otorgar escritura pública aceptando la herencia del causante, dado que dicha aceptación puede ser expresa o tácita, entendiéndose ésta última por actos que hagan suponer la voluntad de aceptar la herencia, como bien puede ser este mismo acto de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas *(cfr.* arts. 998 y 999 del Código Civil). Pero por si fuera poco, sí existe tal escritura pública de aceptación, en la que consta el cumplimiento de la voluntad de la testadora respecto a la entrega del legado por el heredero único y solicitante de la auditoría de cuentas y también que el 50% de las participaciones sociales de la compañía formaron parte de la masa hereditaria. (Fundamentos de derecho: RDGRN de 21 de marzo de 2012 y 1 de marzo de 2013) Por los motivos anteriormente expuestos no puede tampoco enervar el derecho del socio el hecho de que no conste justificación documental acreditativa de la liquidación del impuesto de sucesiones sobre dichas participaciones y, especialmente: 1.º) Porque el solicitante ha aportado un principio de prueba por escrito que le legitima para solicitar el nombramiento de auditor: la mencionada escritura de aceptación de la herencia y entrega de legado otorgada el día 9 de febrero de 2012 ante el Notario de Nigrán, don Víctor Manuel Vidal Pereiro, núm. 108. 2.º) Porque el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil establece que la sociedad sólo podrá oponerse al nombramiento solicitado si aporta prueba documental de que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante, y el hecho de no haber liquidado el Impuesto no niega la legitimación del solicitante ni obviamente puede ser considerada

como prueba documental. 3.º) Porque no se trata de la inscripción en el Registro Mercantil de un acto o contrato sujeto a impuesto, sino a un procedimiento de solicitud de nombramiento de auditor a instancias de un socio que reúne los requisitos de capital y tiempo conforme lo establecido 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 de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que conforme al artículo 110.2 de la ley de Sociedades de Capital, la sociedad solo reputará como socio al que se halle inscrito en el libro registro de participaciones sociales. Finalizó su escrito manteniendo que l solicitante no acompañó a su escrito los documentos relacionados en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria.

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, 30 de mayo de 2007, 17 de mayo y 6 de julio de 2010, 21 de marzo de 2012 y 1 de marzo de 2013.

Procede confirmar por ajustado a derecho el fundamento jurídico único de la Resolución dictada por el Registrador Mercantil de Pontevedra que no hace sino reiterar la doctrina mantenida por este Centro Directivo. En efecto, el solicitante ha aportado un principio de prueba de su legitimación mediante los documentos adjuntos a su instancia *(cfr.* hechos I) de los que resulta que ha adquirido la titularidad de más del 5% del capital social de la compañía. La sociedad, por su parte, no ha aportado medio probatorio alguno que desvirtúe dicho principio de prueba, puesto que, en contra de lo que alega, no es necesario que los llamados a la sucesión del testador, tengan que otorgar escritura pública aceptando la herencia del causante, dado que dicha aceptación puede ser expresa o tácita, entendiéndose ésta última por actos que hagan suponer la voluntad de aceptar la herencia, como bien puede ser éste mismo acto de solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas *(cfr.* arts. 998 y 999 del Código Civil). Pero por si fuera poco, sí existe tal escritura pública de aceptación, en la que consta el cumplimiento de la voluntad de la testadora respecto a la entrega del legado por el heredero único y solicitante de la auditoría de cuentas y también que el 50% de las participaciones sociales de la compañía formaron parte de la masa hereditaria.

Debe rechazarse la alegación de la sociedad que supedita a la partición y adjudicación de la herencia la legitimación del socio, puesto que estando la herencia en situación de indivisión cualquiera de los llamados a ella pueden ejercitar actos de administración y gestión de los bienes comunes como lo es el de instar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del último ejercicio vencido.

Tampoco puede prosperar la alegación de la sociedad que invoca el artículo 110.2 de la Ley de Sociedades de Capital para señalar que el incumplimiento por parte del solicitante de su obligación de comunicación a la sociedad le impide ostentar la condición de socio y, por ende, la legitimación en este procedimiento, pues tal notificación ya se curso con el traslado de la petición de auditoría de cuentas del ejercicio 2011 notificada a la sociedad por el Registrador mercantil de Pontevedra.

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 104.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., Administrador Único de «Patontur, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Pontevedra de 13 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Pontevedra.

Resolución de 16 de julio de 2013 (2.ª)

En el expediente 86/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Caballo Rojo, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil Córdoba el 26 de marzo de 2013 solicitando, al amparo, del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Caballo Rojo, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. Alegó formar parte de la comunidad hereditaria surgida de la existencia de un Testamento Ológrafo otorgado por doña ….. y adverado por Auto núm. 92/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba, Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria General, núm. 547/2011, de fecha 27 de noviembre de 2007.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que don ….. carece de legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas, puesto que la fallecida doña ….. y su cónyuge otorgaron capitulaciones matrimoniales el 21 de febrero de 1977, estableciendo como régimen económico del matrimonio el de separación de bienes. Dichas capitulaciones matrimoniales fueron otorgadas con anterioridad a la constitución de la sociedad, siendo así que en esta última escritura, doña ….., intervino exclusivamente para prestar su consentimiento a la aportación de una serie de bienes muebles y mercaderías sin asumir la condición de socia. Finalizó señalando que el Auto núm. 92/2012, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba no adquirió firmeza al haber sido declarada la nulidad de actuaciones por la Audiencia Provincial de Córdoba, mediante el Auto 52/2012, de 15 de mayo de 2012. De igual manera se ha de adelantar que el Auto de 18 de marzo de 2013, dictado por el mismo Juzgado ha sido objeto de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Córdoba. 2.º) Que si se entenderse que el solicitante aportó un principio de prueba de su legitimación, debió haber designado junto con los demás coherederos, a una persona que les represente y que ejerza los derechos que corresponden al socio, conforme dispone el artículo 126 de la ley de Sociedades de Capital. Adjuntaba a su escrito copia del libro registro de socios de la compañía «El Caballo Rojo, S.A.» y, asimismo, copia de la escritura de capitulaciones matrimoniales, otorgada ante el Notario de Córdoba, don Santiago Echevarría Echevarría, el 21 de febrero de 2007, bajo el núm. 700 de su protocolo y certificado literal de matrimonio emitido por el Registro Civil de Córdoba.

III

El Registrador Mercantil de Córdoba, con fecha 15 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud formulada por el socio. Mantuvo que, examinadas a continuación las alegaciones presentadas por ambas partes, y teniendo en cuenta el criterio mantenido por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 1 de marzo de 2013, recaída en un supuesto idéntico al planteado, en la que se estima, que por el solicitante se ha aportado un principio de prueba constituido por el Auto núm. 92/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba, Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria General, núm. 547/2011 de fecha 27 de noviembre de 2007, por el que se protocolizó el Testamento

Ológrafo otorgado por doña ….., sin que dicho principio de prueba pueda ser desvirtuado por la sociedad en base a la copia de escritura de capitulaciones matrimoniales otorgadas el 21 de febrero de 1977 ante el Notario de Córdoba, don Santiago Echevarría Echevarría, bajo el núm. 700 de su protocolo, puesto que resulta que la inscripción en el Registro Civil no se practicó hasta el 15 de octubre de 2001, y que por tanto, hasta esa fecha, a efectos de terceros relacionados económicamente con el matrimonio formado por don ….. y doña ….., el régimen económico era el legal de sociedad de gananciales y no el de separación de bienes; y, como quiera que la escritura de constitución de la Sociedad, tuvo lugar el 3 de enero de 1984, y en ella comparecieron los mencionados cónyuges, actuando en representación de su hijo menor de edad, don ….., para el que adquirieron 10 participaciones sociales, y en dicha escritura no se hizo mención alguna al régimen de separación de bienes, se concluye que frente a terceros, incluido el Notario autorizante de la sociedad que en dicho acto se constituyó, el régimen económico seguía siendo el de gananciales, por todo lo cual no se llega a desvirtuar el principio de prueba de legitimación del solicitante exigido por el Centro Directivo para ejercitar el derecho al nombramiento de auditor de cuentas, al no llegar a probarse que en el momento de constitución de la sociedad existiera entre don ….. y doña ….. el régimen de separación de bienes.

IV

Contra dicha Resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones aducidas en su escrito de oposición y que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que el Auto núm. 92/2012, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba no adquirió firmeza al haber sido declarada la nulidad de actuaciones por la Audiencia Provincial de Córdoba, mediante el Auto 52/2012, de 15 de mayo de 2012. De igual manera adelantó que el Auto de 18 de marzo de 2013, dictado por el mismo Juzgado ha sido objeto de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Córdoba. 2.º) Que, de entenderse que el solicitante aportó un principio de prueba de su legitimación, debió haber designado junto con los demás coherederos, a una persona que les represente y que ejerza los derechos que corresponden al socio, conforme dispone el artículo 126 de la ley de Sociedades de Capital. Adjuntaba a su escrito copia del libro registro de socios de la compañía «El Caballo Rojo, S.A.» y, asimismo, copia de la escritura de capitulaciones matrimoniales, otorgada ante el Notario de Córdoba, don Santiago Echevarría Echevarría, el 21 de febrero de 2007, bajo el núm. 700 de su protocolo y certificado literal de matrimonio emitido por el Registro Civil de Córdoba.

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 11 de mayo de 2010.

1.º Reproduce este expediente en términos prácticamente idénticos el ya resuelto por este Centro Directivo mediante la Resolución de 1 de marzo de 2013 y en consecuencia procede reiterar los fundamentos jurídicos de dicha Resolución, puesto que la única novedad que aporta el recurrente es la declaración de nulidad de Auto 92/2012, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba, acordada por la Audiencia Provincial de Córdoba, mediante el Auto de 8 de octubre de 2012, en el que se ordenó la convocatoria de una nueva comparecencia con citación de todas las personas determinadas legalmente, la cual se celebró el 5 de febrero de 2013 y que concluyó con el Auto de 18 de marzo de 2013 que declaró justificada la identidad del testamento ológrafo otorgado por doña ….., en el que el interesado fundó su legitimación.

La sociedad, por su parte, aporta para desvirtuarla copia de escritura de capitulaciones matrimoniales otorgadas el 21 de febrero de 1977 ante el Notario de Córdoba, don Santiago Echevarría Echevarría, bajo el núm. 700 de su protocolo y un certificado literal de matrimonio emitido por el Registro Civil de Córdoba.

En efecto, como este Centro Directivo mantuvo en la citada Resolución de 1 de marzo de 2013, para apreciar la validez y los efectos jurídicos de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges el 21 de febrero de 1977, con posterioridad a la celebración de su matrimonio el 27 de junio de 1952, se ha de acudir a la legislación vigente en 1977, constituida por el artículo 77 de la Ley del Registro Civil y por los artículos 1.315, 1.317, 1.322, 1.325 1.433 del Código Civil, tras la reforma operada por la Ley 14/1975, vigente desde el 25 de mayo de 1975, que introdujo por primera vez en el derecho español la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales con posterioridad a la celebración del matrimonio, pudiendo pactar los cónyuges el régimen de separación de bienes y excluir, tras su disolución y posterior liquidación, el régimen legal entonces vigente en el derecho común de gananciales. Pero, sin perjuicio de que para la validez de dichas capitulaciones fuera precisara escritura pública, la cual se otorgó por los cónyuges, como ya se ha dicho, el 21 de febrero de 1977, ésta no es suficiente para que la modificación del régimen económico matrimonial produjera efectos jurídicos frente a terceros, para lo cual era y es precisa su inscripción en el Registro Civil, tal como resulta del artículo 1.322 del CC y del artículo 77.1 y 2 de la Ley del Registro Civil.

Pues bien, de la documentación aportada por la sociedad resulta que la inscripción en el Registro Civil no se practicó sino hasta el 15 de octubre de 2001, según consta en la nota marginal a la inscripción literal del matrimonio y, por tanto, hasta esa fecha, a efectos de terceros relacionados económicamente con el matrimonio formado por don ….. y doña ….., el régimen económico era el legal de sociedad de gananciales y no el de separación de bienes. Y, como quiera que la escritura de constitución de la entidad mercantil «El Caballo Rojo, S.A.» tuvo lugar 3 de enero de 1984, autorizada por el

Notario de Córdoba, don Matías Valdecantos García y en ella comparecieron los mencionados cónyuges, actuando en representación de su hijo menor de edad, don ….., para el que adquirieron diez participaciones sociales y en dicha escritura no se hizo mención alguna al régimen de separación de bienes, se ha de concluir que frente a terceros, incluido el Notario autorizante y la sociedad que en ese acto se constituyó, el régimen económico continuaba siendo el de gananciales, dada la presunción legal vigente en el derecho común, a menos que se acreditara fehacientemente la existencia de otro régimen económico. Avala esta afirmación el hecho de que la contraprestación entregada por don ….. en concepto de pago por la adquisición en ese acto de constitución de la sociedad de 9.970 acciones fue consentida por su esposa, lo que no habría ocurrido si los muebles y el metálico entregados en pago –muebles y enseres por valor de cinco millones, más cuatro millones de pesetas en metálico– en ese momento tuvieran el carácter de bienes privativos de quien hoy figura como socio.

En atención a lo expuesto, las alegaciones y medios probatorios aportados por la sociedad no han llegado a desvirtuar el principio de prueba de legitimación del solicitante exigido por este Centro Directivo para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas, al no llegar a probar que en el momento de constitución de la sociedad el régimen de separación de bienes entre los cónyuges don ….. y doña ….. produjera efectos jurídicos frente a terceros.

2.º Se ha de rechazar también la última alegación del recurrente formulada en el presente recurso de alzada, sobre la designación de un representante de los copropietarios para ejercer los derechos del socio, puesto que mientras que la herencia permanezca en una situación de indivisión cualquiera de los herederos puede realizar actos dirigidos a la administración y gestión de los bienes como lo es el de solicitar del Registrador mercantil el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al último ejercicio vencido.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador solidario de la sociedad «El Caballo Rojo, S.A.» contra la Resolución del Registrador Mercantil de Córdoba de 15 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Córdoba.

Resolución de 16 de julio de 2013 (3.ª)

En el expediente 87/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «García Marín e Hijos, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil Córdoba el 26 de marzo de 2013 solicitando, al amparo, del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «García Marín e Hijos, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. Alegó formar parte de la comunidad hereditaria surgida de la existencia de un Testamento Ológrafo otorgado por doña ….. y adverado por Auto núm. 92/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba, Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria General, núm. 547/2011, de fecha 27 de noviembre de 2007.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que don ….. carece de legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas, puesto que la fallecida doña ….. y su cónyuge otorgaron capitulaciones matrimoniales el 21 de febrero de 1977, estableciendo como régimen económico del matrimonio el de separación de bienes. Dichas capitulaciones matrimoniales fueron otorgadas con anterioridad a la constitución de la sociedad, siendo así que en esta última escritura, doña ….., intervino excluidamente para prestar su consentimiento a la aportación de una serie de bienes muebles y mercaderías sin asumir la condición de socia. Finalizó señalando que el Auto núm. 92/2012, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba no adquirió firmeza al haber sido declarada la nulidad de actuaciones por la Audiencia Provincial de Córdoba, mediante el Auto 52/2012, de 15 de mayo de 2012. De igual manera se ha de adelantar que el Auto de 18 de marzo de 2013, dictado por el mismo Juzgado ha sido objeto de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Córdoba. 2.º) Que si se entendiese que el solicitante aportó un principio de prueba de su legitimación, debió haber designado junto con los demás coherederos, a una persona que les represente y que ejerza los derechos que corresponden al socio, conforme dispone el artículo 126 de la ley de Sociedades de Capital. Adjuntaba a su escrito copia del libro registro de socios de la compañía y, asimismo, copia de la escritura de capitulaciones matrimoniales, otorgada ante el Notario de Córdoba, don Santiago Echevarría Echevarría, el 21 de febrero de 2007, bajo el núm. 700 de su protocolo y certificado literal de matrimonio emitido por el Registro Civil de Córdoba.

III

El Registrador Mercantil de Córdoba, con fecha 15 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud formulada por el socio. Mantuvo que, examinadas a continuación las alegaciones

presentadas por ambas partes, y teniendo en cuenta el criterio mantenido por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 15 de marzo de 2013, recaída en un supuesto idéntico al planteado, en la que se estima, que por el solicitante se ha aportado un principio de prueba constituido por el Auto núm. 92/2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba, Procedimiento de Jurisdicción Voluntaria General, núm. 547/2011 de fecha 27 de noviembre de 2007, por el que se protocolizó el Testamento Ológrafo otorgado por doña….., sin que dicho principio de prueba pueda ser desvirtuado por la sociedad en base a la copia de escritura de capitulaciones matrimoniales otorgadas el 21 de febrero de 1977 ante el Notario de Córdoba, don Santiago Echevarría Echevarría, bajo el núm. 700 de su protocolo, puesto que resulta que la inscripción en el Registro Civil no se practicó hasta el 15 de octubre de 2001, y que por tanto, hasta esa fecha, a efectos de terceros relacionados económicamente con el matrimonio formado por don ….. y doña ……, el régimen económico era el legal de sociedad de gananciales y no el de separación de bienes; y, como quiera que la escritura de constitución de la Sociedad, tuvo lugar el 3 de enero de 1984, y en ella comparecieron los mencionados cónyuges, actuando en representación de su hijo menor de edad, don ….., para el que adquirieron 10 participaciones sociales, y en dicha escritura no se hizo mención alguna al régimen de separación de bienes, se concluye que frente a terceros, incluido el Notario autorizante de la sociedad que en dicho acto se constituyó, el régimen económico seguía siendo el de gananciales, por todo lo cual no se llega a desvirtuar el principio de prueba de legitimación del solicitante exigido por el Centro Directivo para ejercitar el derecho al nombramiento de auditor de cuentas, al no llegar a probarse que en el momento de constitución de la sociedad existiera entre don ….. y doña ….. el régimen de separación de bienes.

IV

Contra dicha Resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones aducidas en su escrito de oposición y que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que el Auto núm. 92/2012, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba no adquirió firmeza al haber sido declarada la nulidad de actuaciones por la Audiencia Provincial de Córdoba, mediante el Auto 52/2012, de 15 de mayo de 2012. De igual manera adelantó que el Auto de 18 de marzo de 2013, dictado por el mismo Juzgado ha sido objeto de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Córdoba. 2.º) Que, de entenderse que el solicitante aportó un principio de prueba de su legitimación, debió haber designado junto con los demás coherederos, a una persona que les represente y que ejerza los derechos que corresponden al socio, conforme dispone el artículo 126 de la ley de Sociedades de Capital. Adjuntaba a su escrito copia del libro registro de socios de la compañía «El Caballo Rojo, S.A.» y, asimismo, copia de la escritura de capitulaciones matrimoniales, otorgada ante el Notario de Córdoba, don Santiago Echevarría Echevarría, el 21 de febrero de 2007, bajo el núm. 700 de su protocolo y certificado literal de matrimonio emitido por el Registro Civil de Córdoba.

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 11 de mayo de 2010.

1.º Reproduce este expediente en términos prácticamente idénticos el ya resuelto por este Centro Directivo mediante la Resolución de 1 de marzo de 2013 y en consecuencia procede reiterar los fundamentos jurídicos de dicha Resolución, puesto que la única novedad que aporta el recurrente es la declaración de nulidad de Auto 92/2012, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba, acordada por la Audiencia Provincial de Córdoba, mediante el Auto de 8 de octubre de 2012, en el que se ordenó la convocatoria de una nueva comparecencia con citación de todas las personas determinadas legalmente, la cual se celebró el 5 de febrero de 2013 y que concluyó con el Auto de 18 de marzo de 2013 que declaró justificada la identidad del testamento ológrafo otorgado por doña Maria Ortiz Izquierdo, en el que el interesado fundó su legitimación.

La sociedad, por su parte, aporta para desvirtuarla copia de escritura de capitulaciones matrimoniales otorgadas el 21 de febrero de 1977 ante el Notario de Córdoba, don Santiago Echevarría Echevarría, bajo el núm. 700 de su protocolo y un certificado literal de matrimonio emitido por el Registro Civil de Córdoba.

En efecto, como este Centro Directivo mantuvo en la citada Resolución de 1 de marzo de 2013, para apreciar la validez y los efectos jurídicos de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges el 21 de febrero de 1977, con posterioridad a la celebración de su matrimonio el 27 de junio de 1952, se ha de acudir a la legislación vigente en 1977, constituida por el artículo 77 de la Ley del Registro Civil y por los artículos 1.315, 1.317, 1.322, 1.325 1.433 del Código Civil, tras la reforma operada por la Ley 14/1975, vigente desde el 25 de mayo de 1975, que introdujo por primera vez en el derecho español la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales con posterioridad a la celebración del matrimonio, pudiendo pactar los cónyuges el régimen de separación de bienes y excluir, tras su disolución y posterior liquidación, el régimen legal entonces vigente en el derecho común de gananciales. Pero, sin perjuicio de que para la validez de dichas capitulaciones fuera precisara escritura pública, la cual se otorgó por los cónyuges, como ya se ha dicho, el 21 de febrero de 1977, ésta no es suficiente para que la modificación del régimen económico matrimonial produjera efectos jurídicos frente a terceros, para lo cual era y es precisa su inscripción en el Registro Civil, tal como resulta del artículo 1.322 del CC y del artículo 77.1 y 2 de la Ley del Registro Civil.

Pues bien, de la documentación aportada por la sociedad resulta que la inscripción en el Registro Civil no se practicó sino hasta el 15 de octubre de 2001, según consta en la nota marginal a la inscripción literal del matrimonio y, por tanto, hasta esa fecha, a efectos de terceros relacionados económicamente con el matrimonio formado por don ….. y doña ….., el régimen

económico era el legal de sociedad de gananciales y no el de separación de bienes. Y, como quiera que la escritura de constitución de la entidad mercantil «García Marín e Hijos, S.A.» tuvo lugar 28 de diciembre de 1990, autorizada por el Notario de Córdoba, don Carlos López Martínez de Septien y en ella comparece en su propio nombre y don ….., constando casado con doña ….. y en dicha escritura no se hizo mención alguna al régimen de separación de bienes, se ha de concluir que frente a terceros, incluido el Notario autorizante y la sociedad que en ese acto se constituyó, el régimen económico continuaba siendo el de gananciales, pues, si existió otro régimen económico éste no se hizo público sino hasta el año 2001.

En atención a lo expuesto, las alegaciones y medios probatorios aportados por la sociedad no han llegado a desvirtuar el principio de prueba de legitimación del solicitante exigido por este Centro Directivo para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas, al no llegar a probar que en el momento de constitución de la sociedad el régimen de separación de bienes entre los cónyuges don ….. y doña ….. produjera efectos jurídicos frente a terceros.

2.º Se ha de rechazar también la última alegación del recurrente formulada en el presente recurso de alzada, sobre la designación de un representante de los copropietarios para ejercer los derechos del socio, puesto que mientras que la herencia permanezca en una situación de indivisión cualquiera de los herederos puede realizar actos dirigidos a la administración y gestión de los bienes como lo es el de solicitar del Registrador mercantil el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al último ejercicio vencido.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador solidario de la sociedad «García Marín e Hijos, S.A.», contra la Resolución del Registrador Mercantil de Córdoba de 15 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Córdoba.

Resolución de 16 de julio de 2013 (4.ª)

En el expediente 88/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Aplicaciones Pedagógicas y Comercialización Editorial, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 22 de marzo de 2013 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 «Aplicaciones Pedagógicas y Comercialización Editorial, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, doña ….., se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis: Que la sociedad no está obligada a auditarse, al no reunir ninguno de los requisitos exigidos para ello.

III

El Registrador Mercantil núm. 5 de Madrid, con fecha 10 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que en la solicitante concurren las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Mantuvo que el supuesto previsto en el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital para su aplicación es, precisamente, el hecho de que la sociedad no esté sujeta a la obligación de verificación por 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.

V

Finalmente, el 4 de julio de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil núm. 5 de Madrid al que adjuntó un escrito de renuncia a la solicitud de auditoría de cuentas, suscrito por la socia minoritaria, con firma legitimada notarialmente.

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 ….., solicitante de la auditoría de las cuentas del ejercicio 2012 para la sociedad de «Aplicaciones Pedagógicas y Comercialización Editorial, 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, 16 de julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 5 de Madrid.

Resolución de 16 de julio de 2013 (5.ª)

En el expediente 89/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Villanueva y Burgos, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 25 de febrero de 2013 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 «Villanueva y Burgos, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia: 1.º) Que su verdadera intención al solicitar un auditor de cuentas

es la de causar una extorsión a la sociedad y presionar al otro administrador solidario ante la liquidación de la sociedad de gananciales. 2.º) Que si su solicitud prospera causará a la compañía un quebranto económico innecesario, dado que la sociedad y su contabilidad es revisada por la entidad asesora y contable Sarot.

III

La Registradora Mercantil núm. 1 de Madrid resolvió, con fecha 10 de abril de 2013, desestimar la solicitud formulada por la socia minoritaria. Mantuvo que el Registrador Mercantil viene obligado a pronunciarse sobre todas las cuestiones que plantea el procedimiento, decidiendo sobre la procedencia o no del nombramiento de auditor solicitado, con independencia de que se haya ejercitado o no el derecho que tiene la sociedad a formular oposición a la solicitud presentada o no se haya alegado la causa que enerva el derecho del socio solicitante. En el caso que nos ocupa, consta de tos archivos del Registro que la sociedad se rige por dos administradores solidarios, siendo uno de ellos la solicitante de la auditoría, doña ….., por tanto, como administradora solidaria de la sociedad, queda privada del derecho que como socia le corresponde a solicitar al Registro Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas, al haber podido encargar directamente la auditoría por sí sola como un acto propio de la gestión social (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de marzo de 2006, 3 de septiembre de 2008 y, como más reciente, la de 30 de enero de 2012. el hecho de que la sociedad hubiera comenzado sus operaciones el pasado mes de noviembre, resulta irrelevante, puesto que los administradores están obligados a formular las cuentas del 2009, si es decisivo el hecho de que la solicitante ostente el cargo de administradora solidaria de la compañía, puesto conforme a la doctrina mantenida por la Dirección general de los Registros y del Notariado, en el ejercicio de su cargo pudo haber contratado los servicios de un auditor de cuentas, como un acto más de gestión y buena administración. Que la manifestación social relativa a que la verdadera pretensión de la solicitante es influir en el compareciente para la futura liquidación de la sociedad de gananciales, no es causa apreciable en este expediente. Según ha establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado en diversas resoluciones, la posible finalidad maliciosa no le priva de ejercitar su derecho pues resulta imposible examinar en este trámite, debido a lo limitado del conocimiento que legalmente tiene atribuido, las motivaciones que llevan al socio a solicitar el nombramiento de auditor. Estas motivaciones podrán o no ser legítimas, o responder o no a un ejercicio abusivo de derecho o antisocial del mismo (arts. 6 y 7 del Código Civil), pero las determinaciones internas de la voluntad no pueden ser analizadas en este procedimiento, y no sólo porque las intenciones contrarias a la buena fe o al abuso del derecho no puedan presumirse nunca, sino porque, además, siempre queda abierta a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los daños causados»(resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de junio de 2005, 14 de septiembre de 2010 y 21 de septiembre de 2012, entre otras). Que el quebranto innecesario que la auditoría puede suponer a la sociedad, no puede ser considerado como causa de oposición en estos expedientes, pues el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es taxativo –sin que quepa margen interpretativo alguno– tanto al fijar las condiciones para su ejercicio como al disponer que los gastos que origina la auditoría han de correr a cargo de la sociedad; siendo el solicitante el que juzga si la auditoría es o no necesaria (resoluciones de 30 de mayo de 2007, 29 de octubre de 2009, 3 de noviembre de 2010 y 21 de julio de 2011, entre otras).

IV

Contra dicha Resolución doña Irene Burgos Hernangomez, solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que aunque es cierto que consta como administradora solidaria de la compañía, el auténtico administrador es don ….. 2.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable y, por tanto, cualquier socio puede instar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, porque, en otro caso, la única posibilidad de obtener la verificación contable, sería que la solicitante contratara los servicios de un auditor que elaboraría un informe de auditoría de cuentas con éstos únicos efectos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 42 del Código de Comercio, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2005 y, como más recientes, la de 9 de diciembre de 2008 y la de 21 de abril de 2009.

La única cuestión que platea el presente recurso se contrae a determinar si la socia minoritaria que ostentó la condición de administradora solidaria de la compañía puede o no solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas anuales del último ejercicio vencido.

Sobre esta cuestión, este Centro Directivo ha mantenido que el hecho de que el socio minoritario ostente la condición de administrador social no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, propietario de un porcentaje de capital social no inferior al 5%. Esto solo ocurriría si durante el ejercicio económico para el que solicita la auditoría hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ostentado la administración solidaria, porque en este último caso, habría podido contratar por si mismo 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 porque en este caso 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, como alega la solicitante de la auditoría, ostenta la administración solidaria de la compañía junto con don ….., siendo así que el ejercicio de este cargo de administradora le brindó y todavía le ofrece la oportunidad de contratar los servicio de un auditor para verificar las cuentas de la empresa, si considera conveniente disponer de un informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012.

Por tanto, procede confirmar la Resolución dictada por 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña …., solicitante de la auditoría de cuentas, contra la Resolución dictada por la Registradora Mercantil núm. 1 de Madrid el 10 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 1 de Madrid.

Resolución de 17 de julio de 2013 (1.ª)

En el expediente 91/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Embutidos Camil Ríos, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. Montero, presentó un escrito en el Registro Mercantil de Córdoba el 6 de marzo de 2013 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 «Embutidos Camil Ríos, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su Consejero, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el motivo alegado por la solicitante de que se le ocultan los datos económicos de la compañía es incierto. 2.º) Que debe recordarse que doña ….. es Presidenta del Consejo de Administración y se ha negado sistemáticamente a la convocatoria de las Juntas, ya fueran ordinarias o extraordinarias, obstaculizando de modo flagrante el desenvolvimiento del objeto social. 3.º) Que además de no convocar las Juntas se niega a

que alguien lo haga. Por su labor obstructiva fueron denegadas por el Juzgado de lo Mercantil de Córdoba en las sentencias recaídas en los procedimientos ordinarios 118/2009 y 305/2009 las sucesivas convocatorias de Consejos y Asambleas, siendo ella misma la causa de que muchos Consejeros dimitieran de sus cargos. 4.º) Que estando el Consejo de Administración por debajo de su mínimo legal se procedió por parte de don ….. a convocar a la Junta general, que se celebró el 21 de junio de 2012 y en ella se acordó unánimemente, separar de su cargo a doña Benilde Ríos Montero que impugnó dicho acuerdo ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Córdoba, tal y como consta en el Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil de Córdoba, con fecha 12 de abril de 2013, 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 sociedad solo indica que el motivo alegado por la solicitante de que se le ocultan los datos económicos de la compañía es incierto. Respecto a la mala fe de la peticionaria, según ha establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado en diversas resoluciones, la posible finalidad maliciosa no le priva de ejercitar su derecho pues «resulta imposible examinar en este trámite, debido a lo limitado del conocimiento que legalmente tiene atribuido, las motivaciones que llevan al socio a solicitar el nombramiento de auditor. Estas motivaciones podrán o no ser legítimas, o responder o no a un ejercicio abusivo de derecho o antisocial del mismo (arts. 6 y 7 del Código Civil), pero las determinaciones internas de la voluntad no pueden ser analizadas en este procedimiento, y no sólo porque las intenciones contrarías a la buena fe o al abuso del derecho no puedan presumirse nunca, sino porque, además, siempre queda abierta a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los daños causados».

IV

Contra dicha Resolución doña ….., en nombre y representación de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, resumidamente: 1.º) Que dados los problemas para la renovación de cargos no se han podido formular las cuentas anuales de los ejercicios 2010, 2011 y 2012, asimismo, no se han podido convocar las Juntas Generales pertinentes. Consta el requerimiento por parte de varios socios para que los administradores inserten en el orden del día el nombramiento de auditor de cuentas. En caso de que el nombramiento de auditor de cuentas no pudiera ser debatido es cuando podía atenderse a la petición de la solicitante. 2.º) Que debe recordarse que doña ….. es Presidenta del Consejo de Administración y se ha negado sistemáticamente a la convocatoria de las Juntas, ya fueran ordinarias o extraordinarias, obstaculizando de modo flagrante el desenvolvimiento del objeto social. 3.º) Que su petición fue desestimada en el ejercicio 2011 para auditar las cuentas del ejercicio 2010. Por ello, existiendo una solicitud precedente de los socios para auditar las cuentas del ejercicio 2008 y de los cinco siguiente debe prevalecer dicha solicitud.

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, 3 de mayo de 2009 y 19 de noviembre de 2012.

No puede prosperar en esta Resolución la pretensión de la recurrente dirigida a impedir que la socia minoritaria ejercita su derecho, sobre la base de una supuesta actitud obstruccionista de ésta con la sociedad pues, como indicó el Registrador Mercantil, reiterando la doctrina de este Centro Directivo, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que han llevado a la peticionaria a solicitar la auditoría de cuentas, 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 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….., en representación de «Embutidos Camil Ríos, S.L.» contra la Resolución dictada por la Registradora Mercantil de Córdoba de 12 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Córdoba.

Resolución de 17 de julio de 2013 (2.ª)

En el expediente 92/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Autocares Eleno, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Cáceres el 22 de marzo de 2013 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 «Autocares Eleno, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitud de auditoría se ha formulado con mala fe y abuso de derecho, dado que no existe causa legítima para instar el nombramiento de auditor al Registrador Mercantil. 2.º) Que la sociedad es una empresa familiar, razón por la cual el solicitante siempre ha tenido a su disposición toda la información financiera y contable de la empresa. 3.º) Que en realidad la petición de auditoría viene motivada por las malas relaciones personales y familiares existentes entre los socios con motivo de la división y adjudicación de la herencia. En la actualidad el solicitante se ha negado a trabajar en la empresa familiar, a raíz de la recepción en el domicilio social de una notificación de la Junta de Extremadura, de 31 de mayo de 2012, en virtud de la que se comunica a la sociedad la reclamación efectuada por el Centro de Autocares de Torrejoncillo a la Junta poniendo de manifiesto las graves imprudencias cometidas por el socio en la ruta de transporte escolar del referido Centro.

III

El Registrador Mercantil de Cáceres, con fecha de 17 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, debido al principio general de publicidad de los estados contables que preside nuestro vigente Derecho Mercantil, el nombramiento de auditor a solicitud de la minoría se tramita como un procedimiento sumario. Como tal, su objeto se circunscribe a la finalidad que señala la norma (designación de un auditor para un ejercicio concreto), las causas de su iniciación y oposición están tasadas y no prejuzga el fondo del asunto, que debe dirimirse, en su caso, ante la autoridad judicial competente. Consecuencia de lo anterior es que «La sociedad sólo podrá oponerse al nombramiento solicitado si en el plazo de cinco días, a contar desde la fecha de la notificación, aporta prueba documental de que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante. El escrito de oposición se archivará en el expediente/» (art. 354.2 Reglamento del Registro Mercantil). Con arreglo a la interpretación reiterada que sobre estos preceptos ha hecho la Dirección General de los Registros y

del Notariado, sólo puede admitirse la oposición al nombramiento cuando se desvirtúan los requisitos para su iniciación. Es decir: que el solicitante no posee el mínimo legal de acciones o participaciones sociales, que la solicitud de nombramiento se ha hecho fuera de plazo, o que el solicitante carezca de legitimación. Esto es, que sea administrador de la sociedad o lo haya sido durante el ejercicio a auditar, pues entonces podía haber promovido como tal el nombramiento de administrador. (Si bien, en estos casos, la doctrina del centro directivo varía dependiendo de la estructura del órgano de administración.) Puesto que la calificación registral se limita en este procedimiento a comprobar que concurren los requisitos de legitimación en el solicitante para iniciarlo y a que la oposición al nombramiento se funde en alguno de los motivos legales, no se puede entrar a valorar la veracidad de otros hechos alegados por el recurrente, por la sencilla razón de que ninguno de ellos es causa de denegación del nombramiento, por lo que su prueba resulta inútil. Aunque fuera cierto que el socio pidiese la auditoría sin más fin que hacer daño a la sociedad, en este procedimiento no pueden discutirse tales motivos, sin perjuicio de que el recurrente sí pueda hacerlos valer ante los tribunales. Por la misma razón, tampoco puede tomarse en consideración, fuera de los juzgados, el que la sociedad efectivamente hubiera puesto la contabilidad a disposición del socio en todo momento, pues el derecho a pedir la auditoría es independiente del derecho del socio a examinar la contabilidad social, aunque sea consecuencia de éste. Ni que haya cometido actos reiterados de deslealtad hacia la sociedad, puesto que en las sociedades de capital, los socios carecen de un deber de fidelidad propio de los negocios personalísimos, salvo que los estatutos hayan tenido la precaución de imponer a los socios prestaciones accesorias en ese sentido. Y aunque así fuera, esto daría lugar a la exclusión del socio por acuerdo de la junta general, no a la desestimación del nombramiento del auditor. Es verdad que, con la legislación vigente, el sistema de nombramiento de auditor a solicitud de la minoría es problemático incluso cuando no haya mala fe por parte del solicitante, debido a que la auditoría no se hace a su costa sino que debe ser sufragada por la sociedad, poniendo en peligro su viabilidad económica. Lo ideal sería que los honorarios del auditor fueran satisfechos por una u otra parte dependiendo del carácter favorable o desfavorable de su informe. Pero el artículo 359 establece con claridad que los gastos de este tipo de auditorías son siempre por cuenta de la sociedad. Y expresamente señala la Resolución de 8 de mayo de 2006 que es irrelevante la alegación de que el nombramiento resultará inútil por la imposibilidad de abonar los honorarios al auditor. Por lo que la corrección de este régimen es responsabilidad del legislador, sin que el Registrador, vinculado como está por el principio de legalidad, pueda hacer otra cosa que aplicar la norma en sus propios términos. Con respecto a la alegación del recurrente de que la solicitud de nombramiento de auditor omite la causa de la solicitud, tampoco se puede estimar porque el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil no se refiere al nombramiento de auditor a solicitud de la minoría (obsérvese que el art. 354 no lo cita entre los que le son aplicables). Y además porque la «causa de la solicitud» de que habla dicho artículo no es causa en el sentido de que el solicitante deba alegar un interés legítimo. A lo que este precepto se refiere es a que el solicitante debe especificar para qué pide el nombramiento de auditor. Es decir, debe constar con claridad si lo que se pretende es auditar las cuentas por acuerdo voluntario de la junta general, por concurrir en la sociedad los requisitos legales de auditoría obligatoria, o (como en el caso que nos ocupa) porque se trata de una auditoría pedida por un socio minoritario. El artículo 351 exige esta precisión (que en la instancia del solicitante se cumple) porque los requisitos del nombramiento de auditor son distintos según los supuestos (certificar los acuerdos de la junta general en los términos del artículo 97 del Reglamento del Registro Mercantil, por ejemplo, cuando se trate de auditor nombrado por la junta), y también lo son sus efectos (un auditor nombrado a solicitud de la minoría sólo puede verificar las cuentas del ejercicio para el que ha sido nombrado). Lo

que no dice la norma es que se deba alegar un interés legítimo calificable caso por caso por el Registrador (a diferencia de lo que ocurre con la publicidad formal, art. 221 Ley Hipotecaria, por la remisión del art. 12 del Reglamento del Registro Mercantil).

IV

Contra dicha 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 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, las de 15 de abril y 22 de octubre de 2010.

1.º El presente expediente plantea diversas cuestiones sobre las que este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones. Sobre la primera alegación que cuestiona la buena fe del solicitante, por el hecho de entender necesaria la auditoría, en contra de la opinión mayoritaria de la sociedad, se ha de recordar al recurrente 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.

2.º Alega la sociedad que la solicitud de auditoría de cuentas carece de causa legítima. Pues bien, sobre la causa de la petición se ha pronunciado esta Dirección General manteniendo, 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 artícu-

lo 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 último, tampoco puede prosperar la pretensión de enervar el derecho del solicitante sobre la base del conocimiento que el peticionario ha tenido y tiene de la contabilidad social y de la situación financiera de la sociedad, puesto que, como este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en representación de «Autocares Eleno, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Cáceres el 17 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Cáceres.

Resolución de 17 de julio de 2013 (3.ª)

En el expediente 93/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Agropecuaria Ríos y Montero, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Córdoba el 6 de marzo de 2013 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 «Agropecuaria Ríos y Montero, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su Consejero, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el motivo alegado por la solicitante de que se le ocultan los datos económicos de la compañía es incierto. 2.º) Que debe recordarse que doña ….. es Presidenta del Consejo de Administración y se ha negado sistemáticamente a la convocatoria de las Juntas, ya fueran ordinarias o extraordinarias, obstaculizando de modo flagrante el desenvolvimiento del objeto social. 3.º) Que además de no convocar las Juntas se niega a que alguien lo haga. Por su labor obstructiva fueron denegadas por el Juzgado de lo Mercantil de Córdoba en las sentencias recaídas en los procedimientos ordinarios 162/2009 y 306/2009 las sucesivas convocatorias de Consejos y Asambleas, reconociendo el propio Juzgado la labor obstruccionista, dado que ella misma fue la causa de que muchos Consejeros dimitieran de sus cargos. 4.º) Que el 13 de julio de 2011 se procedió a la celebración de la Junta general convocada judicialmente por Autos 476/2010, en la que se aprobaron las cuentas de los ejercicios 2007, 2008 y 2009, las cuales, tal y como se ha expuesto no pudieron ser aprobadas, al no haber asido convocada Asamblea alguna por la presidenta. Además de ello, se cesó a la solicitante en su cargo, conforme a lo previsto en el artículo 223 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El Registrador Mercantil de Córdoba, con fecha 12 de abril de 2013, 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 sociedad solo indica que el motivo alegado por la solicitante de que se le ocultan los datos económicos de la compañía es incierto. Respecto a la mala fe de la peticionaria, según ha establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado en diversas resoluciones, la posible finalidad maliciosa no le priva de ejercitar su derecho pues «resulta imposible examinar en este trámite, debido a lo limitado del conocimiento que legalmente tiene atribuido, las motivaciones que llevan al socio a solicitar el nombramiento de auditor. Estas motivaciones podrán o no ser legítimas, o responder o no a un ejercicio abusivo de derecho o antisocial del mismo (arts. 6 y 7 del Código Civil), pero las determinaciones internas de la voluntad no pueden ser analizadas en este procedimiento, y no sólo porque las intenciones contrarías a la buena fe o al abuso del derecho no puedan presumirse nunca, sino porque, además, siempre queda abierta a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los daños causados».

IV

Contra dicha Resolución doña ….., en nombre y representación de la sociedad interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, resumidamente: 1.º) Que dados los problemas para la renovación de cargos no se han podido formular las cuentas anuales de los ejercicios 2010, 2011 y 2012, asimismo, no se han podido convocar las Juntas Generales pertinentes. Consta el requerimiento por parte de varios socios para que los administradores inserten en el orden del día el nombramiento de auditor de cuentas. En caso de que el nombramiento de auditor de cuentas no pudiera ser debatido es cuando podía atenderse a la petición de la solicitante. 2.º) Que debe recordarse que doña ….. es Presidenta del Consejo de Administración y se ha negado sistemáticamente a la convocatoria de las Juntas, ya fueran ordinarias o extraordinarias, obstaculizando de modo flagrante el desenvolvimiento del objeto social. 3.º) Que su petición fue desestimada en el ejercicio 2011 para auditar las cuentas del ejercicio 2010. Por ello, existiendo una solicitud precedente de los socios para auditar las cuentas del ejercicio 2008 y de los cinco siguiente debe prevalecer dicha solicitud.

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, 3 de mayo de 2009 y 19 de noviembre de 2012.

No puede prosperar en esta Resolución la pretensión de la recurrente dirigida a impedir que la socia minoritaria ejercita su derecho, sobre la base de una supuesta actitud obstruccionista de ésta con la sociedad pues, como indicó el Registrador Mercantil, reiterando la doctrina de este Centro Directivo, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que han llevado a la peticionaria a solicitar la auditoría de cuentas, 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 de buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados *(cfr.* art. 1.902 del Código Civil).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., en representación de «Agropecuaria Ríos y

Montero, S.L.» contra la Resolución dictada por la Registradora Mercantil de Córdoba de 12 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Córdoba.

Resolución de 18 de julio de 2013 (1.ª)

En el expediente 94/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Moldutimber, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Toledo el 18 de marzo de 2013 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% del capital social de «Moldutimber, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para la verificación de las correspondientes al ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su Administrador Único, don …..., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la sociedad ya fue sometida a auditoría de las cuentas del ejercicio 2011 como consecuencia de la solicitud instada por el mismo solicitante, que era conocedor de los gastos que dicha auditoría iba a originar. 2.º) Que el citado socio interpuso demanda laboral ante el Juzgado de lo Social de Toledo. Este modo de actuar obedece a un conflicto personal. 3.º) Que el socio utiliza de forma abusiva la norma recogida en la Ley de Sociedades de Capital con el único fin de perjudicar a la sociedad.

III

La Registradora Mercantil de Toledo, con fecha 3 de abril de 2013, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado al no fundarse en ninguna de las causas previstas en el artículo 359 del reglamento del registro mercantil. Tras señalar que la demanda interpuesta por el socio no interfiere en el procedimiento registral de nombramiento de auditor de cuentas. Mantuvo que respecto de la mala fe, como ha indicado 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. La utilización y finalidad del articulo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalente al 5% el capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social, y el solicitante del nombramiento de auditor reúne las dos condiciones de capital y tiempo exigidas. Por último, en cuando a los gastos que la auditoría de cuentas ocasionará a la sociedad, éstos por expresa disposición del articulo 2 65.2 de la Ley de Sociedades de Capital, corren siempre a 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, alegando, en esencia: Que doña Mercedes Lauroba Orzanco presentó en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Aranjuez el 19 de febrero de 2013 una demanda de nulidad del contrato de compraventa de participaciones sociales, la mencionada demanda ha sido admitida a trámite por dicho Juzgado por Auto de 21 de febrero de 2013, en fecha anterior a la solicitud.

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 4 de diciembre de 2009.

El presente recurso plantea una cuestión nueva que no fue alegada por la sociedad en su escrito de oposición y que, por tanto, no pudo ser resuelta por la Registradora Mercantil de Toledo. Dicha cuestión se centra en determinar si

la legitimación del solicitante puede verse afectada por la iniciación de un procedimiento civil por la vendedora de las 53.377 participaciones sociales de la entidad mercantil «Moldutimber, S.L.», reclamando la nulidad del contrato de compraventa, en virtud del cual transmitió al solicitante de la auditoría de cuentas dichas participaciones sociales, en las que fundó su legitimación.

Acreditado en el expediente que con anterioridad a la presentación de la solicitud –18 de marzo de 2013– existió litispendencia en torno a dicha legitimación –Procedimiento ordinario 69/2013 que se tramita en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Aranjuez, iniciado con la presentación de la demanda el 19 de febrero de 2013, admitida a trámite el 21 de febrero del mismo año–, puesto que en él se solicita la nulidad del contrato de compraventa y, en consecuencia, si prospera la acción iniciada por la demandante, la participación del solicitante de la auditoría en el capital social de la empresa podría quedar reducida a un porcentaje inferior al legalmente exigido del 5%, procede, según doctrina constante de este Centro Directivo, declarar en suspenso la tramitación del expediente hasta que la requerida legitimación haya sido definitivamente aclarada mediante sentencia firme en el pleito civil correspondiente.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar, en los términos que se deducen del anterior fundamento jurídico, el recurso de alzada interpuesto por don ….., Administrador Único de «Moldutimber, S.L.», contra la Resolución dictada por la Registradora Mercantil de Toledo el 3 de abril de 2013 y acordar la suspensión del procedimiento de 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, 18 de julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 1 Madrid.

Resolución de 18 de julio de 2013 (2.ª)

En el expediente 96/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «AMT Disperf, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 27 de marzo de 2013 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 «AMT Disperf, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ….. y don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que el Consejo de Administración de la sociedad, en su reunión de 27 de diciembre de 2013, procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo por un periodo de tres anualidades a la empresa auditora «Fisa Auditores, S.L.» la cual aceptó el encargo de auditoría a través de su representante, don ..…

III

El Registrador Mercantil núm. 10 de Madrid, con fecha 12 de abril de 2013, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que el nombramiento voluntario de auditor realizado por la sociedad, reúne las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, que son: *a)* que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En el caso presente, la sociedad nombró auditor de cuentas con carácter previo a la solicitud del socio para los ejercicios 2011, 2012 y 2013 y, asimismo, la sociedad ha aportado al expediente el informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012.

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 la sociedad tiene un administrador judicial según la, anotación que tiene fecha de 9 de enero de 2013. Dicha anotación se produce como consecuencia de la remisión al Registro por parte del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Fuenlabrada del mandamiento correspondiente al auto dictado por dicho Juzgado en fecha 16 de enero de 2012 en el contexto de las Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado 4.501/2010. Y el contenido de dicho auto no es otro que el siguiente: «Dispongo: Acordar como medida cautelar nombrar un administrador interventor judicial de las actividades de la sociedad «AMT Disperf, S.L.» sin remover a los anteriores administradores de su cargo, cuya intervención será necesaria para realizar las facultades enumeradas en los Estatutos de la sociedad que aparecen en el artículo 16 puntos l) i 6), 9), 10, 11), 12), y 15), con facultad para disponer de las cantidades necesarias para el cumplimiento de dichas facultades y deberá velar por

el cumplimiento de las obligaciones encomendadas y muy en concreto convocatoria de juntas ordinarias y presentación de cuentas anuales». 2.º) Que el Consejo de Administración social atraviesa por una situación anómala., siendo así que quienes firmaron el escrito de oposición se atribuyen la representación de la sociedad, en virtud del certificado del Consejo de Administración expedido por ellos mismos que dio lugar a la anotación 13.ª) de la hoja abierta a la sociedad que recoge los votos recibidos a favor y en contra de los mencionados señores pero no recoge el hecho de que en la convocatoria judicial de la Junta de 27 de enero de 2012 el punto del orden del día era el de renovación del Consejo de Administración. 3.º) Que, en virtud de este ilícito proceder, estos señores ocupan hoy día el cargo de representantes de la sociedad. Pero tal representación la ejercen incurriendo una y otra vez en ilicitudes que invalidan todos sus actos, y de manera explícita la formulación de las cuentas anuales, lo cual lleva consigo la invalidación de la auditoría de cuentas presentada, en virtud de la cual se ha desestimado la solicitud de nombramiento de auditor para las cuentas 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.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar que el limitado ámbito de conocimiento atribuido por el Reglamento del Registro Mercantil a este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas impide a este Centro Directivo dilucidar y resolver las cuestiones alegadas por el recurrente, relativas al nombramiento y renovación del Consejo de Administración por ser ajenas a este procedimiento y estar atribuidas a Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil.

2.º Sobre la cuestión de fondo planteada en este expediente, que es la relativa al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil a petición del socio, 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 dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

Como excepción a esta regla general, este Centro Directivo ha reconocido desde antiguo el hecho de que, dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento ya sea éste judicial, registral o

voluntario, es decir, acordado por la administración de la sociedad –en los casos en que ésta pueda presentar balance abreviado– puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

En el caso presente ambas condiciones aparecen cumplidas, dado que la sociedad procedió a la contratación de auditor de cuentas para la verificación de los ejercicios correspondientes a los años 2011, 2012 y 2013 con anterioridad a la petición del solicitante y, además, ha garantizado al socio solicitante su derecho al informe de auditoría de cuentas correspondientes al ejercicio 2012 mediante la aportación de dicho informe al expediente, el cual se remitió al interesado por el Registrador Mercantil. Por tanto, en esta ocasión, no procede el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil, dado que el nombramiento de auditor 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 del nombramiento de auditor de cuentas para la sociedad y representación de «AMT Disperf, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 10 de Madrid el 12 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, 18 de julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 10 Madrid.

Resolución de 19 de julio de 2013 (1.ª)

En el expediente 97/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Dehesa del Guerrero, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 20 de febrero de 2013 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 «Dehesa del Guerrero, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su representante se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad, aún no estando obligada a la verificación contable, nombró auditor de cuentas externo. 2.º) Que tras la ejecución de los acuerdos adoptados por la Junta General el 10 de diciembre de 2012, relativos a la ampliación de capital social, el porcentaje de participación de la solicitante quedó reducido por debajo del 3,73% y por tanto no está legitimada para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil.

III

La Registradora Mercantil núm. 1 de Madrid, con fecha 19 de marzo de 2013, requirió a la sociedad para que identificara a la persona que firmó el escrito de oposición, lo que así hizo mediante escrito presentado por don….. quien manifestó ser el firmante del escrito de oposición.

IV

Por Resolución de 11 de abril de 2013 la Registradora Mercantil núm. 1 de Madrid acordó estimar la petición de la socia minoritaria. Tras señalar que ésta reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo, en cuanto a la existencia de un auditor voluntario nombrado por la sociedad, que según doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social. Como excepción a esta regla general, este Centro Directivo ha

reconocido desde antiguo el hecho de que, dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento ya sea éste judicial, registral o voluntario, es decir, acordado por la administración de la sociedad –en los casos en que ésta pueda presentar balance abreviado– puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora. Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En el caso presente, de la documentación aportada por la sociedad no queda acreditado que el nombramiento de auditor de cuentas fuera previo a la solicitud de la minoría, pues si bien el contrato de auditoría fue fechado el 29 de diciembre de 2012, lo cierto es que no se protocolizó hasta el 11 de marzo de 2013. No cumpliéndose el primero de los requisitos es irrelevante que se garantice al socio la existencia del informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012. Respecto a la alegación de la sociedad de que la pretensión de la solicitante es hacer incurrir a la sociedad en importantes gastos, cuando a ella no le interesa para nada el resultado del informe, la Registradora mercantil señaló que, conforme ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones que han llevado a la solicitante a instar la auditoría de cuentas, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(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 negación de la legitimación de la solicitante, en base al acuerdo de ampliación de capital social adoptado por la Junta General Ordinaria de 10 de diciembre de 2012, elevado a público por el Notario de Madrid, don Valerio Pérez Madrid, bajo el núm. 514 de su protocolo notarial. En este punto debe indicarse que el acuerdo de ampliación es un acuerdo inscribible y obligatorio en el Registro Mercantil y un principio esencial de esta institución es el de prioridad registral *(cfr.* arts. 10.2 y 3 del reglamento del registro Mercantil) siendo la fecha del asiento de presentación la determinante de la futura inscripción. En el caso que nos ocupa, examinados los archivos del Registro, de los mismos resulta que la escritura de ampliación de capital relacionada, se presentó en este Registro Mercantil el día 20 de febrero de 2013 bajo el número de entrada 1/2013/26.095, asiento 1080 del diario 2377, quedando inscrita el día 26 siguiente y la solicitud de nombramiento de auditor formulada por doña María Soledad Ortega López, tuvo entrada el mismo día 20 de febrero de 2013, número de entrada 4/2013/271. Siendo el mismo día el de la presentación, debemos recurrir a la hora de presentación de uno y otro documento. La entrada de la escritura de ampliación de capital fue a las 16:08 horas y la entrada de la solicitud fue a las 12:39 horas. Por tanto, dados los efectos constitutivos de la inscripción en los acuerdos de reducción o aumento de capital social, no puede negarse la legitimación a quien, según el Registro, ostenta más del 5% del capital social en el momento de presentarse la solicitud.

V

Contra dicha Resolución, doña ….., en su condición de administradora única de la compañía, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reduciendo las alegaciones del escrito de oposición a la de falta de legitimación de la solicitante, dado que, en virtud de la ampliación de capital social acordada por la sociedad, la participación de la solicitante en el capital social de la sociedad queda reducida al 3,73%.

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, 17 de marzo de 1995, 19 de octubre de 1998, 8 de abril y 31 de agosto de 2005, 25 de junio de 2007 y 31 de octubre de 2009.

Dado que la recurrente limita sus alegaciones a la falta de legitimación de la solicitante de la auditoría de cuentas, esta Resolución se contraerá a dilucidar si, efectivamente, ostenta la legitimación que alegó para solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas.

Sobre la legitimación del socio minoritario que solicita al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas para verificar las correspondientes a las del último ejercicio, este Centro Directivo ha mantenido que si bien es cierto que existe un momento concreto y determinado para apreciar su concurrencia, ello no debe ser óbice para entender –por claras razones de seguridad jurídica– que la misma debe mantenerse, al menos, hasta el momento de la Resolución de su solicitud por el Registrador Mercantil.

En el caso presente, de los datos registrales que constan en la hoja abierta a la sociedad resulta que el mismo día de la presentación de la solicitud de la socia minoritaria, el 20 de febrero de 2013, la sociedad por ella afectada presentó para su inscripción en el Registro Mercantil la escritura de elevación a público del acuerdo social de ampliación de capital social, autorizada por el Notario de Madrid, don Valerio Pérez de Madrid y Palá, bajo el número 514 de su protocolo notarial, el día 18 de febrero de 2013, la cual quedó, finalmente, inscrita el día 26 de febrero del mismo año 2013, siendo así que de dicha escritura resulta que la participación de la solicitante quedó reducida por debajo del mínimo legalmente exigido del 5%, al no acudir a la referida ampliación. Por lo que su legitimación para solicitar el nombramiento registral de auditor la perdió incluso antes de la tramitación de su instancia y, desde luego, ya no la ostentó cuando la Registradora Mercantil adoptó su decisión.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar, en los términos que resultan de esta resolución, el recurso de alzada interpuesto por doña ..…, en su condición de administradora única de «Dehesa del Guerrero, S.L.», con-

tra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil núm. 1 de Madrid el 11 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 1 de Madrid.

Resolución de 19 de julio de 2013 (2.ª)

En el expediente 98/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Soto e Hijos, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 9 de marzo de 2013 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 más del 5% del capital social de «Soto e Hijos, S.L.», la designación de un auditor para que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador mancomunado, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la sociedad se encuentra en situación de concurso por 20 de diciembre de 2012, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid. Asimismo, el 15 de marzo de 2013 se les ha notificado por Auto del día 11 del mismo mes y año que se declara abierta la fase de liquidación de la sociedad. 2.º) Que dada la situación económica en que se encuentra la empresa, no puede hacer frente a los gastos de auditoría, además de que tal función ya la cumple en su totalidad el administrador concursal.

III

El Registrador Mercantil núm. 16 de Madrid, con fecha 25 de marzo de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, la sociedad no ha acreditado en forma la representación alegada por don ….., pues de la propia documentación aportada por el mismo y de los archivos del Registro, la sociedad se rige por un Consejo de Administración, con delegación de sus facultades en cuatro Consejeros delegados mancomunados, debiendo actuar conjunta y mancomunadamente tres cualesquiera de ellos. No obstante, y dado que el Registrador Mercantil viene obligado a resolver sobre el fondo de la cuestión, entrando en todas las cuestiones que se deriven del expediente, incluso en los casos en que la sociedad no se oponga, se procede a examinar si procede o no la designación del auditor solicitado. La primera cuestión que plantea este expediente es si una sociedad declarada en concurso está exenta de realizar la auditoría de las cuentas anuales mientras está en funciones la administración concursal. En cuanto a ello, el artículo 46.1 de la Ley Concursal, en su redacción dada según Ley 38/2011 de 10 de octubre, determina que en caso de intervención, subsiste la obligación legal de los administradores de formular y de someter a auditoría las cuentas anuales, bajo supervisión de la administración concursal, no siendo equivalente el informe de la administración concursal con el informe de auditoría, informe éste sobre el que también debe emitir juicio la administración concursal (art. 75.2 de la Ley Concursal). Tampoco el hecho de que haya sido declarada judicialmente abierta la fase liquidatoria de la sociedad, enerva el derecho del socio a solicitar y obtener la auditoría de cuentas, con base en la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación, cuya personalidad jurídica subsiste mientras no se haya procedido a la aprobación del balance final de liquidación, del informe completo sobre las operaciones de liquidación y al reparto del activo sobrante entre los socios. Por otro lado, en el momento de presentarse la solicitud en este Registro Mercantil, que es el momento a que tiene que referirse la procedencia o no del nombramiento, tampoco había sido declarada la fase liquidatoria de la sociedad, que no lo ha sido hasta el día 11 de marzo de 2013, en que se dictó el Auto no firme por el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de los de Madrid. Tampoco puede ser tenida en cuenta la imposibilidad manifiesta de satisfacer los honorarios del auditor de cuentas, pues el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es taxativo –sin que quepa margen interpretativo alguno– tanto al fijar las condiciones para su ejercicio como al disponer que los gastos que origina la auditoría han de correr a cargo de la sociedad, sin que la alegada imposibilidad de pago al auditor sea causa suficiente para rechazar la solicitud de auditoría, como reiteradamente ha proclamado la Dirección General de los Registros y del Notariado (Véanse resoluciones citadas en los vistos).

IV

Contra dicha Resolución don ….., doña….. y doña ….., administradores mancomunados de la sociedad, interpusieron en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones aducidas en el escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que la referencia que el Registrador Mercantil debió hacer a la Ley Concursal el la del artículo 75.1.2.º) y no al 75.2. Esta norma no menciona las auditorías y sol se refiere por remisión al artículo 6.3 de la misma ley Concursal que habla de auditorías de los tres últimos ejercicios con cuentas aprobadas y despostilladas en el Registro mercantil. 2.º) Que es difícil mantener el carácter reversible de la liquidación de la sociedad cuando ésta se encuentra y acuerda en fase concursal, ya que nadie puede oponerse a que terminada esta

fase se pase a la liquidación, como resulta de los artículos 2.1.1.ª) y 142.1 de la Ley Concursal. 3.º) Que abierta la fase de liquidación ya no es posible proponer ningún Convenio de acreedores. 4.º) Que la subsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad en liquidación es irrelevante para la Resolución de la cuestión planteada, siendo la pretensión del socio inútil y contraria a los intereses sociales. 4.º) Que nadie apeló el Auto declarando la apertura de la fase de liquidación de la sociedad y, en breve, quedará Inscrito en el 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 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, la de 1 de junio de 2011 («BOE» 1-7-2011) y la de 12 de enero de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta Resolución ninguno de los argumentos aducidos por la sociedad recurrente. En primer lugar, como indicó el Registrador Mercantil de Madrid, es posible ejercitar el derecho del 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).

En segundo lugar, resulta evidente que también subsiste la personalidad jurídica de la entidad mercantil cuando en el ámbito del concurso se declara la apertura de la fase de liquidación, dada la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en esta fase, puesto que en cualquier momento puede acordarse su reactivación y, por tanto, es posible ejercitar el derecho reconocido al socio minoritario.

2.º Por último, la situación económica y jurídicamente difícil por la que atraviesa la empresa tampoco puede ser óbice para el ejercicio del derecho del socio a la verificación contable, 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 de auditoría corren siempre de cuentas de la sociedad. Dicho precepto legal debe ponerse en relación con el artículo 178.3 de la Ley Concursal que, literalmente, dispone que en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., doña ….. y doña ….., administradores manco-

munados de «Soto e Hijos, S.L.», contra la Resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. 16 de Madrid el 25 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 16 de Madrid.

Resolución de 22 de julio de 2013 (1.ª)

En el expediente 14/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una accionista de «Equus Gespro, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 2 de enero de 2013 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 titulares de más del 5% del capital social de «Equus Gespro, S.L.» el nombramiento de un auditor con el fin de conocer si las cuentas anuales del ejercicio 2012 ofrecen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que tras la ampliación de capital social efectuada por la sociedad la legitimación de los solicitantes ha quedado reducida a menos del 5% exigido por la ley para ejercitar el derecho. 2.º) Que ninguno de los solicitantes pueden tener la consideración de terceros de buena fe pues saben que carecen de legitimación para instar el nombramiento.

III

La Registradora Mercantil núm. 10 de Barcelona con fecha 21 de enero de 2012, acordó desestimar la oposición de la sociedad. Tras señalar que los solicitantes reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos para solicitar la auditoría, mantuvo, en cuanto a la legitimación de los solicitantes de la auditoría, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha entendido suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 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 suficiente que demuestre que los socios minoritarios no reúnen 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 presente expediente, la legitimación de los socios solicitantes deriva de la escritura de compraventa de participaciones, de la que se desprende que don…… compró y adquirió 450 participaciones, núms. 1 al 450, ambos inclusive, y que don …..compró y adquirió 450 participaciones, núms. 451 al 900, ambos inclusive, además de la declaración de los socios solicitantes, bajo su responsabilidad, que a la fecha de la solicitud continúan siendo titulares de más del 5% del capital social de la referida mercantil. Si bien es cierto que la sociedad ha tratado de desvirtuar dicho principio de prueba, alegando que tras la ampliación de capital social, acordada por la Junta General de fecha 19 de diciembre de 2012, suscrita por el socio mayoritario, don ….., se ha visto reducido el porcentaje de participación de los socios restantes, don ….. y don ….., de los cuales, el primero de ellos votó en contra, y el segundo se ausentó de la Junta; con lo cual, tras dicha ampliación, su participación es inferior al 5% del capital social, sin embargo, no se ha acreditado que dicho acuerdo se haya elevado a escritura pública, ni se ha presentado en este Registro Mercantil para su inscripción. Por consiguiente, se plantea la cuestión de si un aumento de capital acordado con anterioridad a la solicitud de nombramiento de auditor y no inscrito en el Registro Mercantil, puede ser tenido en cuenta a los efectos del cómputo del porcentaje de capital de los socios peticionarios. La solución a la cuestión planteada ha de ser negativa teniendo en cuenta que tanto el artículo 19.2 del Código de Comercio, como el artículo 315 de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 165 del Reglamento del Registro Mercantil exigen para los acuerdos de ampliación o de reducción de capital social las mismas formalidades que para las modificaciones estatuarias, esto es, inscripción de la escritura de ampliación o reducción en el Registro Mercantil para que pueda surtir efectos frente a terceros, de forma que el Registrador solo puede tener en cuenta el capital social inscrito para declarar la procedencia del nombramiento solicitado. A mayor abundamiento, de la documentación aportada por la sociedad junto a su escrito de oposición, no se puede entender que los socios solicitantes hayan renunciado a su derecho de suscripción de nuevas participaciones en el aumento de capital, tal como alega la representación social, por cuanto del anuncio del aumento de capital publicado en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», de fecha 4 de enero de 2013, resulta que «...se convoca a los socios para que en el plazo de 30 días desde la fecha de publicación de este anuncio, ejerzan el derecho a suscribir en número de acciones nuevas proporcional al valor nominal de las que poseen». En el caso que nos ocupa, ha quedado acreditado que en el momento de la presentación de la instancia de los socios minoritarios solicitando el nombramiento registral de auditor, que es el que se ha de tener en cuenta para apreciar si ésta reúne o no los requisitos de capital y tiempo exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la

sociedad no había presentado en el Registro Mercantil para su inscripción la escritura pública de aumento de capital social. Por lo que no cabe más que declarar que para el Registro los solicitantes, como titulares de más del cinco por ciento del capital social están legitimados para solicitar y obtener el nombramiento registral de auditor. (Pueden verse en este sentido resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 22 de abril, 18 y 22 de junio de 2010). Respecto a la alegación realizada por la representación social relativa a que los solicitantes no reúnen la condición de terceros de buena fe, habiendo sido convocados fehacientemente, y teniendo conocimiento de que se ha producido la ampliación de capital, pese a no haber sido suscrita por ninguno de ellos; debe precisarse que existe abundantísima doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalando que resulta imposible analizar en este trámite, dado lo limitado del conocimiento que tiene atribuido, las razones o motivaciones que llevan a los socios 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 sólo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 1.902 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). Asimismo, y en virtud de la solicitud presentada, la compañía alega que se va haber obligada a satisfacer los honorarios que se deriven de la designación de auditor, tan solo señalar que si se resuelve que la verificación de las cuentas anuales compete realizarla al auditor designado por el Registrador Mercantil, los gastos serán a cargo de la sociedad, según señala expresamente el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y, entre otras, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 26 de noviembre de 2009,23 de abril y 17 de diciembre de 2010, entre otras.

IV

Contra dicha Resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General insistiendo en el argumento de la mala fe de los solicitantes y reiterando las alegaciones aducidas en el escrito de oposición que, en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

V

El 24 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil de Barcelona, al que adjuntaba escrito de desistimiento firmado por los solicitantes de la auditoría de cuentas y por doña María Trinidad Espínola Mesa, adquirente de sus participaciones sociales en virtud de la escritura de compraventa, con firmas debidamente legitimadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado y declarar concluso el procedimiento sobre nombramiento de auditor instado por don ….. y don ….. para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2012 de «Equus Grespo, 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, 22 de julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 10 de Barcelona.

Resolución de 22 de julio de 2013 (2.ª)

En el expediente 24/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Arca y López Economistas, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Santiago de Compostela el 13 de febrero de 2013 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 25% del capital social de «Arca y López Economistas, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante tanto por ser administrador solidario, como por su

profesión no necesita acudir a un auditor externo para conocer si las cuentas anuales reflejan la realidad económica y patrimonial de la empresa. 2.º) Que ha tenido en todo momento acceso a la información y a las instalaciones y es voluntad del administrador solidario que suscribe que la verificación contable la realice él mismo.

III

El Registrador Mercantil de Santiago de Compostela, con fecha 27 de febrero de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Señaló que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 354, 355, 356 y 358 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 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 dos cuestiones de carácter sustantivo. Sobre la primera de ellas, referida a la información que el socio tiene sobre la contabilidad social, este Centro Directivo ha mantenido que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º En cambio sobre la segunda cuestión, relativa a la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador social, se ha de admitir la pretensión del recurrente pues, aún siendo cierto que este Centro Directivo ha mantenido que la concurrencia en el solicitante de la condición de admi-

nistrador no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, también lo es que ha exceptuado de esta regla general los casos en los que el solicitante haya llevado en exclusiva la administración social o haya sido administrador solidario durante todo el ejercicio económico cuya auditoría solicita, dado que, en este caso, habría podido contratar por sí mismo y sin necesidad de concurrir con el otro administrador, 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, puesto que en este último caso habría tenido que contar con el acuerdo y consentimiento del otro socio *(cfr.* art. 1.692 del Código Civil).

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que, como alega la sociedad recurrente, el solicitante ha ejercido la administración solidaria de la compañía junto con otro administrador, siendo así que el ejercicio de este cargo le brindó la oportunidad de contratar los servicio de un auditor para verificar las cuentas de la empresa, si hubiera creído conveniente disponer del informe de auditoría que solicitó del Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador solidario de «Arca y López Economistas, S.L.» contra la Resolución dictada por el Registrador Mercantil de Santiago de Compostela 27 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Santiago de Compostela.

Resolución de 22 de julio de 2013 (3.ª)

En el expediente 69/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Amarres Deportivos, Sociedad Limitada».

HECHOS

I

Don ….., Administrador Único de la entidad mercantil «Light Years Energy, Sociedad Limitada» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca, el 4 de marzo de 2013, 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 «Amarres Deportivos, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2013.

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 no está obligada a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, ya que, de acuerdo con el artículo 263.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la misma puede formular las cuentas anuales de forma abreviada por concurrir ¡os requisitos de los articulo 257.1, 258.1 y 261 de la citada ley, tal y como se deduce de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2011, así como del informe de la auditoría, a la que de forma voluntaria se somete la Sociedad como se expondrá a continuación. Se acompaña copia de las referidas cuentas anuales junto con el informe de auditoría. 2.º) Que, no obstante lo anterior, en la Junta General de fecha 27 de junio de 2012 cuya acta fue levantada por el Notario, don Víctor Alonso–Cuevillas Fortuny, de acuerdo con el artículo 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital se acordó el nombramiento de la sociedad «Pricewaterhouse Coopers Auditores, S.L.», como auditor de cuentas de la Sociedad para proceder, de forma voluntaria, a la verificación de las cuentas anuales de la Sociedad correspondientes al ejercicio social cerrado a 31 de diciembre de 2012. Lo que se acredita mediante la oportuna certificación emitida con fecha 13 de julio de 2012 por el secretario no consejero del Consejo de Administración de la Sociedad con el visto bueno del presidente. Se adjunta la referida certificación como documento anexo n.° 2. 3.º) Que, asimismo, mediante escrito suscrito por el representante legal de (sic) se produjo por la referida firma auditora «Pricewaterhouse Coopers Auditores, S.L.» la aceptación del nombramiento efectuado por la Sociedad. Copia de dicho documento se une al presente escrito. 3.º) Que como consecuencia de lo anterior, no procede el solicitado nombramiento de auditor de cuentas por el Sr. Registrador Mercantil de Mallorca para la Sociedad, como resulta de la documentación adjunta que, si bien la Sociedad no se encuentra obligada auditar sus cuentas anuales, la sociedad ya ha nombrado a un auditor, no sólo con anterioridad a la petición del solicitante, sino también con anterioridad al cierre del ejercicio social a auditar.

III

El Registrador Mercantil de Palma de Mallorca, con fecha 22 de marzo de 2013, 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 existe abundante y reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del

Notariado, (resoluciones de 24 de mayo de 1995, 31 de octubre de 1995, 12 de diciembre de 1995, entre muchas otras posteriores) declarando que «el nombramiento de un auditor por la Sociedad puede enervar la petición del socio minoritario, puesto que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, lo que pretende es que se faciliten al socio/accionista las cuentas anuales verificadas por un auditor independiente, sin que sea determinante a instancia de quién haya sido designado este auditor –Juez, Registrador u órganos sociales–, ya que su independencia queda garantizada por las previsiones de la propia Ley de Auditoría de Cuentas. No obstante, también se ha exigido por la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que dicho nombramiento de Auditor reúna una doble condición: 1.º) Que se haya efectuado con anterioridad a la presentación de la instancia solicitando el nombramiento de auditor al Registro, y no como una réplica o medio de enervar la iniciativa del socio solicitante. 2.º) Que quede garantizado ineludiblemente al socio minoritario la existencia o práctica de dicha auditoría, garantía que únicamente puede procurársele mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En el presente caso, no consta en este Registro que el nombramiento voluntario de auditor se haya presentado para su inscripción y a la vista de la documentación presentada, no se ha acreditado el haber puesto a disposición del socio el informe de auditoría –ni se ha incorporado al expediente–. Tampoco se acredita que el nombramiento de auditor voluntario por parte de la sociedad sea anterior a la fecha de presentación de la solicitud de la entidad «Light Years Energy, Sociedad Limitada». Se observa la intención de la sociedad de proceder con el nombramiento voluntario del auditor, pero condicionado a la aceptación de cargo de la entidad auditora designada. Como anexo 3 de la documentación presentada consta un escrito de aceptación de cargo suscrito por la entidad auditora nombrada «Pricewaterhouse Coopers Auditores, Sociedad Limitada» el 28 de febrero de 2013 con firma legitimada ante Notario el día 15 de marzo de 2013, fecha que debe considerarse como la efectiva de su nombramiento y, evidentemente, posterior a la fecha de presentación de la solicitud de nombramiento de auditor por parte de la entidad «Light Years Energy, Sociedad Limitada», el día 4 de marzo de 2013.

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 si se concede a la sociedad, mediante la oportuna diligencia para mejor proveer, el plazo de 40 días, aportará al expediente el informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012. Finalizó su escrito solicitando que, en caso de que se desestime el recurso de alzada, se nombre auditor de cuentas a la misma firma auditora que designó 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 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, conforme al artículo 79 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, supletoria en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas de las normas directamente aplicables contenidas en el Reglamento del Registro Mercantil, los interesados pueden presentar alegaciones en cualquier momento del procedimiento y aportar los medios de prueba y los documentos que considere idóneos para obtener una Resolución favorable a sus pretensiones, sin necesidad de que el órgano administrativo competente para dictar Resolución conceda un plazo específico para ello. En este caso, el Registrador Mercantil de Palma de Mallorca puso en conocimiento de la sociedad que su pretensión de enervar el derecho del solicitante solo podría prosperar si procedía a la inscripción del nombramiento, ponía a disposición del socio el informe de auditoría o lo aportaba al expediente. Por ello, transcurridos con creces los cuarenta días que solicitó la sociedad para aportar el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2012 al expediente, sin haberlo aportado, procede resolver el fondo del asunto planteado.

2.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.

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 sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios, que podría eludir fácilmente a través del sencillo procedimiento de retrasar indefinidamente la presentación de las cuentas.

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 llegó a acreditar que fuera previo, pues como indicó el Registrador mercantil la solicitud fue anterior a la presentación de la carta de aceptación del representante de la firma auditora designada por la sociedad. En segundo lugar, no ha garantizado al solicitante su derecho al informe de auditoría, puesto que no procedió a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas; tampoco lo puso a disposición del socio minoritario y, por último, tres meses después de haber interpuesto el recurso de alzada que hoy se resuelve, no lo ha aportado al expediente. Por tanto la auditoría voluntaria de la sociedad no ha podido enervar el derecho del socio minoritario.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., Presidente del Consejo de Administración de la entidad mercantil de «Amarres Deportivos, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Palma de Mallorca el 22 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Palma de Mallorca.

Resolución de 22 de julio de 2013 (4.ª)

En el expediente 100/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Mas de Prades Restauració, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Tarragona el 26 de marzo de 2013 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 «Mas de Prades Restauració, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

Notificada la sociedad de dicha instancia, ésta presentó su oposición al nombramiento de audito de cuentas, a través de sus administradores, don ….. y doña …..., sobre la base de que la sociedad no está obligada por ley a la verificación contables, por lo cual no tiene por qué asumir lo costes de la auditoría de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de Tarragona, con fecha 17 de abril de 2013, 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, la alegación sobre los costes de la auditoría no puede enervar la petición del socio minoritario, dado que los gastos que la auditoría comportan corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación 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 3 de mayo de 2010.

1.º Con carácter previo cabe señalar que las sociedades que en principio no están obligadas a auditar sus cuentas al poder presentarlas para su depósito en el Registro mercantil en modelo abreviado, pasan a tener está obligación cuando lo solicita un número de socios que representen al menos el 5% del capital social de la compañía. *(cfr.* art. 265.2 de la ley de Sociedades de Capital, en relación en el art. 366.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

2.º La única cuestión de fondo 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 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 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….. y doña ….., administradores de «Mas de Prades Restauració, S.L.» contra la Resolución dictada por la Registradora Mercantil de Tarragona 17 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Tarragona.

Resolución de 22 de julio de 2013 (5.ª)

En el expediente 101/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Grijota Urbanizaciones, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 27 de marzo de 2013 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 «Grijota Urbanizaciones, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que se trata de una sociedad no obligada legalmente a auditar sus cuentas. 2.º) Que siempre se ha facilitado toda la documentación fiscal y contable de la sociedad. Los estatutos de la sociedad establecen el derecho a consultar por sí o en unión de otras personas los libros de la sociedad, lo que hace innecesario el nombramiento de auditor de cuentas. 3.º) Que existe un procedimiento penal iniciado por la sociedad contra el solicitante y otra persona que se está tramitando ante la Audiencia Provincial de Palencia por un presunto delito de estafa.

III

El Registrador Mercantil núm. 4 de Madrid, con fecha 17 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, en cuanto a los procedimientos judiciales abiertos contra el solicitante, es reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado declarando que este procedimiento especial sobre nombramiento de auditor sólo se verla afectado si existiese litispendencia en torno a la titularidad de las acciones que han servido al socio para legitimar su derecho al nombramiento, litispendencia que no se justifica ni alega por la sociedad (resoluciones de 27 de diciembre de 1999,18 de abril de 2001 y 7 de julio de 2005). Con independencia de que la sociedad entregue toda la información 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 que aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio. (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de «marzo de 2006, 18 de junio de 2009,10 de marzo y 3 de mayo de 2010, 21 de marzo de 5011, 30 de enero, 5 de junio y 7 de noviembre de 2012, entre otras). En cuanto a la alegación del perjuicio económico a la sociedad que supondría la auditoría, son cuestiones ya resueltas por la Dirección General en múltiples ocasiones (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de enero de 2003, 30 de octubre de 2006, 30 de mayo de 2007 y 27 de mayo de 2009, 3 de noviembre y 17 de diciembre de 2010, 28 de febrero de 2011, 12 de enero y 14 de marzo de 2012) declarando que el coste de la

auditoría, no puede admitirse como causa de oposición, por cuanto vulneraría los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, en los que se establece que la auditoría se realice «con cargo a la sociedad». La alegación de que la solicitud del nombramiento de auditor no obedece a una razón dirigida a la vigilancia de la buena gestión de la sociedad, no es una cuestión apreciable en este expediente. Según ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en múltiples resoluciones, la posible finalidad maliciosa no le priva de ejercitar su derecho. Y así, la Resolución de dicho Centro Directivo de 20 de noviembre de 2009 dice textualmente, en su Fundamento de Derecho 3 que uno pueden examinarse en este procedimiento, dado lo limitado del conocimiento atribuido, las motivaciones que llevan a los socios solicitar la auditoría, ya que si bien es cierto que éstas 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 fraude ley, el abuso de derecho o su ejercicio antisocial (arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

Contra dicha Resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadió que la Audiencia Provincial de Palencia, Sección núm. 1 con fecha de 29 de abril de 2013, ha dictado la sentencia 00007/2013 en la que condena a don ….. y a otra persona por un delito continuado de estafa previsto y penado en los artículo 248 y 250 del Código penal en concurso medial con un delito de falsedad en documento privado previsto y penado en el artículo 395 del Código penal, a la pena de dos años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y multa de 30 euros diarios para don ….. (7.200 euros) y de 20 euros para don ….. (4.800 euros) que indemnicen a la sociedad «Grijota Urbanizaciones, S.L.» en la suma de un millón doscientas treinta y siete mil seiscientas dieciséis con cincuenta céntimos de euros (1237616,55 euros).

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, 3 de mayo de 2009 y 19 de noviembre de 2012.

1.º Procede confirmar en esta Resolución todos y cada uno de los fundamentos de la Resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid. En

primer lugar, 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º En segundo lugar, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide a este Centro Directivo examinar y dilucidar las motivaciones que han llevado al socio a instar la auditoría de cuentas, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca. Quien se sienta perjudicado por la actuación maliciosa, siempre tendrá expedita la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º Por último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 29 de abril de 2013 que la sociedad invoca pero que no adjunta al escrito de interposición del recurso, tampoco debe incidir en el desarrollo de este procedimiento puesto que se desconoce si es o no firme y, además, por las alegaciones del recurrente que aluden al fallo, no condena al interesado y solicitante de la auditoría a la pérdida de la propiedad de sus participaciones sociales de la compañía, ni tampoco a la pérdida de su condición de socio, por lo que se ha de concluir que continúa legitimado para obtener el nombramiento de auditor de cuentas que solicitó del Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., Administrador Único de «Grijota Urbanizaciones, S.L.», contra la Resolución dictada por la Registradora Mercantil núm. 4 de Madrid 6 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 4 de Madrid.

Resolución de 22 de julio de 2013 (6.ª)

En el expediente 102/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Dytureforma, S.L.».

HECHOS

I

Don …, en su condición de Administrador Único de la sociedad «Nmofast 2000, S.L.», presentó un escrito el Registro Mercantil de Ourense el 25 de marzo de 2013 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 «Dytureforma, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

Notificada de dicha instancia, la sociedad no presentó oposición a la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas, por lo que el Registrador Mercantil de Ourense, tras comprobar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, acordó por Resolución de 12 de abril de 2013 estimar su solicitud, dado que del registro mercantil no se deducen obstáculos que impidan el nombramiento de auditor solicitado.

III

Contra dicha Resolución don …, Administrador Único de la sociedad «Dytureforma, S.L.» afectada por la solicitud de auditoría, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que existe prejudicialidad civil en cuanto que está pendiente en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense el procedimiento núm. 312/2013 de convocatoria de Junta general de socios. 2.º) Que el solicitante de la auditoría ha sido quién se ha encargado de llevar la contabilidad social, así como del cumplimiento de las obligaciones fiscales de la compañía. Toda la documentación social obra en su poder, a pesar de haberle requerido su devolución y entrega. 3.º) Que la sociedad no tiene liquidez suficiente para responder de los gastos de auditoría.

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 14 y 22 de octubre de 2010 y 22 de septiembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en la presente Resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso. Sobre el conocimiento exacto y puntual que el solicitante tiene de la contabilidad social, se ha de recordar al recurrente la doctrina mantenida por este centro Directivo, conforme a la cual 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º El hecho de que se haya plateado en vía civil la convocatoria judicial de la Junta general de socios, tampoco puede enervar el derecho del solicitante al nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, puesto que no se está cuestionando judicialmente ni su condición de socio ni tampoco el porcentaje de participación que ostenta en el capital social de la compañía y, por tanto, el procedimiento judicial iniciado no tiene incidencia en este otro de nombramiento registral de auditor de cuentas.

3.º Por último, por lo que se refiere a la situación de déficit por la que atraviesa la sociedad tampoco puede ser obstáculo para que el socio minoritario ejercite su derecho, puesto 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 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 sociedad «Dytureforma, S.L.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 5 de Madrid el 12 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 5 de Madrid.

Resolución de 22 de julio de 2013 (7.ª)

En el expediente 107/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Grijota Solares, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de «Gespadima, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 27 de marzo de 2013 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 «Grijota Solares, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que se trata de una sociedad no obligada legalmente a auditar sus cuentas. 2.º) Que siempre se ha facilitado toda la documentación fiscal y contable de la sociedad. Los estatutos de la sociedad establecen el derecho a consultar por sí o en unión de otras personas los libros de la sociedad, lo que hace innecesario el nombramiento de auditor de cuentas. 3.º) Que existe un procedimiento penal iniciado por la sociedad contra el solicitante y otra persona que se está tramitando ante la Audiencia Provincial de Palencia por un presunto delito de estafa.

III

El Registrador Mercantil núm. 10 de Madrid, con fecha 17 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, con independencia de que la sociedad entregue toda la información 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 que aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de marzo de 2006, 18 de junio de 2009,10 de marzo y 3 de mayo de 2010, 21 de marzo de 2011, 30 de enero, 5 de junio y 7 de noviembre de 2012, entre otras). En cuanto a la alegación del perjuicio económico a la sociedad que supondría la auditoría, son cuestiones ya resueltas por la Dirección General en múltiples ocasiones (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de enero de 2003, 30 de octubre de 2006, 30 de mayo de 2007 y 27 de

mayo de 2009, 3 de noviembre y 17 de diciembre de 2010, 28 de febrero de 2011, 12 de enero y 14 de marzo de 2012) declarando que el coste de la auditoría, no puede admitirse como causa de oposición, por cuanto vulneraría los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, en los que se establece que la auditoría se realice «con cargo a la sociedad». La alegación de que la solicitud del nombramiento de auditor no obedece a una razón dirigida a la vigilancia de la buena gestión de la sociedad, no es una cuestión apreciable en este expediente. Según ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en múltiples resoluciones, la posible finalidad maliciosa no le priva de ejercitar su derecho. Y así, la Resolución de dicho Centro Directivo de 20 de noviembre de 2009 dice textualmente, en su Fundamento de Derecho 3 que no pueden examinarse en este procedimiento, dado lo limitado del conocimiento atribuido, las motivaciones que llevan a los socios solicitar la auditoría, ya que si bien es cierto que éstas 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 fraude ley, el abuso de derecho o su ejercicio antisocial (arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

Contra dicha Resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadió que la Audiencia Provincial de Palencia, Sección núm. 1 con fecha de 29 de abril de 2013, ha dictado la sentencia 00007/2013 en la que condena a don ….. y a otra persona por un delito continuado de estafa previsto y penado en los artículo 248 y 250 del Código Penal en concurso medial con un delito de falsedad en documento privado previsto y penado en el artículo 395 del Código Penal, a la pena de dos años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y multa de 30 euros diarios para don ….. (7.200 euros) y de 20 euros para don ….. (4.800 euros) que indemnicen a la sociedad «Grijota Solares, S.L.» en la suma de un millón doscientas treinta y siete mil seiscientas dieciséis con cincuenta céntimos de euros (1237616,55 euros).

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, 3 de mayo de 2009 y 19 de noviembre de 2012.

1.º Procede confirmar en esta Resolución todos y cada uno de los fundamentos de la Resolución dictada por el Registrador Mercantil de Madrid. En primer lugar, 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º En segundo lugar, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide a este Centro Directivo examinar y dilucidar las motivaciones que han llevado al socio a instar la auditoría de cuentas, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca. Quien se sienta perjudicado por la actuación maliciosa, siempre tendrá expedita la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3.º Por último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 29 de abril de 2013 que la sociedad invoca pero que no adjunta al escrito de interposición del recurso –solo se aporta la sentencia de 13 de enero de 2013–, tampoco debe incidir en el desarrollo de este procedimiento puesto que se desconoce si es o no firme y, además, por las alegaciones del recurrente que aluden al fallo, no condena al interesado y solicitante de la auditoría a la pérdida de la propiedad de sus participaciones sociales de la compañía, ni tampoco a la pérdida de su condición de socio, por lo que se ha de concluir que continúa legitimado para obtener el nombramiento de auditor de cuentas que solicitó del Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., Administrador Único de «Grijota Solares, S.L.» contra la Resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. 10 de Madrid 6 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 10 de Madrid.

Resolución de 23 de julio de 2013

En el expediente 103/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «ITV La Roda, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Albacete, el 27 de marzo de 2013, 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 18% del capital social de «ITV La Roda, S.L.» el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, don ….. y doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad la Sociedad, de forma obligatoria y necesaria para el ejercicio de la actividad pública que realiza por concesión y autorización de la Administración de Castilla-La Mancha, está obligada a Auditoría anualmente sus cuentas anuales. 2.º) Que por tanto no existe causa que justifique la solicitud del socio. 3.º) Que el solicitante como administrador y como socio conoce la situación de la sociedad y la existencia del contrato de auditoría, así como que se viene haciendo desde el ejercicio económico de 2009.

III

El Registrador Mercantil de Albacete, con fecha 10 de abril de 2013, 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 cuanto a la inexpresión de la causa de la solicitud, la Dirección General 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 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. –Resolución de 3 de octubre de 2012.– 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. 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.)* artículos 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital–. En cuanto a que condiciones son necesarias para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de octubre de 2011, y la de 2 de octubre de 2012, entre otras muchas, señalan que para que el nombramiento voluntario de auditor pueda enervar el derecho del socio, debe reunir dos condiciones, a saber: *a)* que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En el supuesto analizado la Sociedad no ha acreditado la concurrencia de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, de los documentos adjuntos se desprende que no ha cumplido los dos requisitos. Primero, no ha probado la fehaciencia del nombramiento anterior a la presentación en él Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario, puesto que tanto el contrato de prestación de servicios como la aceptación constan en documentos privados sin fehaciencia en cuanto a la fecha –artículo 1.227 del Código Civil–. La referencia a los documentos que constan en este Registro siempre con respecto a auditorías anteriores al ejercicio económico de 2012 –que es la que nos ocupa–. De la extensa documentación aportada no se puede acreditar que exista ninguna fecha fehaciente, bien en documento público o en documento privado que cumpla los requisitos del artículo 1.227 del Código Civil que acredite que el nombramiento y aceptación del auditor es anterior a la presentación de la instancia en el Registro. Segundo, tampoco se ha garantizado el derecho del socio al informe de Auditoría, puesto que no se ha inscrito en el Registro el nombramiento de auditor, ni tampoco consta su puesta a disposición de los socios o la incorporación del mismo al expediente.

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 las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración y añadiendo: 1.º) Que el solicitante carece

de legitimación para instar la auditoría de cuentas, dado que la sociedad se encuentra obligada a la verificación contable, precisamente, por la concesión pública realizada a su favor por la Junta de Castilla La Mancha, por lo que está excluida del ámbito de aplicación del artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil y del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º) Que la Resolución recurrida no hace ninguna manifestación sobre este hecho que ya se expuso en el escrito de oposición y es que la sociedad, año tras año esta siendo auditada. 3.º) Que la normativa reguladora de la concesión de inspección técnica de vehículos viene regulada por la Consejería de Industria de la Junta de Castilla La Mancha, concretamente, viene regulada por el Real Decreto 63/2009, de 28 de mayo (DOCM núm. 102, de 29 de mayo de 2009). 3.º) Que toda esta realidad jurídica no puede ser ignorada por el Registrador Mercantil pues excluye cualquier otra consideración en orden a la procedencia del nombramiento de auditor en base al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. 4.º) Que las cuentas anuales de la sociedad están debidamente depositadas y todas ellas han sido auditadas por la entidad «Eudita Auditores, S.L.».

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 cuestión decisiva para que prospere el presente recurso se centra en determinar si la auditoría voluntaria contratada por la sociedad puede o no enervar el derecho del solicitante.

Antes de entrar a analizar si dicha auditoría reúne las condiciones exigidas por esta Dirección General, se ha de señalar que, en contra de lo que alega, las cuentas de los ejercicios 2009, 2010 y 2011 no fueron acompañadas del informe de auditoría al que dice estar obligada. Así resulta de las certificaciones de los acuerdos sociales de aprobación de cuentas de estos años, en los que, según sus administradores, la sociedad no estaba sujeta a la obligación de verificación contable, al poder presentar sus cuentas en forma abreviada; y así constan depositadas. Es cierto que en la certificación de las cuentas de 2011, tras acreditar que la sociedad cumple las condiciones para formular sus cuentas en forma abreviada, manifiestan que han sido verificadas por auditor de cuentas, pero no adjuntan el informe de auditoría, ni en la hoja abierta a la sociedad consta inscrito el nombramiento voluntario de auditor de cuentas.

No obstante lo anterior, cabe recordar lo mantenido por esta Dirección General, respecto a la posibilidad de que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del solicitante. En efecto, 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.

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 sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios, que podría eludir fácilmente a través del sencillo procedimiento de retrasar indefinidamente la presentación de las cuentas.

En el caso presente, como indicó el Registrador Mercantil de Albacete la documentos presentados por la sociedad para acreditar la anterioridad de la contratación de auditor no tienen fecha fehaciente, ahora bien, de una valoración conjunta de las pruebas presentadas se llega a la convicción de que el nombramiento fue previo a la solicitud presentada por el interesado, dado que así se ha manifestado tanto por el representante de la sociedad, como por la firma auditora en su escrito de aceptación del encargo y en esta instancia de alzada ante la Dirección General se ha aportado al expediente el informe de auditoría, realizado por la firma auditora indicada que es la sociedad «Eudita Auditores, S.L.», el cual consta incorporado al Acta de notificación y requerimiento, levantada por la Notaria de Albacete, doña ….., el 19 de abril de 2013 y que el Registrador Mercantil no pudo valorar por ser posterior a su Resolución de 10 de abril del mimo año. Aunque no haya fecha fehaciente, no existen razones para presumir falsedad en la declaración o fraude a los derechos del minoritario, que, de haberse producido, debería ser cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente que únicamente tiene por objeto la revisión por un auditor de las cuentas anuales de un determinado ejercicio.

En este caso resulta del propio expediente con toda claridad que el derecho del minoritario queda garantizado con el informe elaborado por el auditor voluntariamente designado, informe puesto a disposición del minoritario antes de la Resolución del presente recurso de alzada y que consta en el seno del propio expediente que es, precisamente, lo que pretende asegurar con su tramitación el artículo 265.2 de la LSC.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar, en los términos que resultan de esta Resolución, el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de la sociedad «ITV La Roda, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Albacete el 10 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Albacete.

Resolución de 24 de julio de 2013

En el expediente 104/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Clínica Extremeña de Salud, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., administrador solidario de «Cardavan Salud, S.L.», propietaria del 16% del capital social, don ….., administrador solidario de «Macarenel, S.L.», propietaria del 7,8431% del capital social y don ….., como propietario del 3,5614 de capital social de «Clínica Extremeña de Salud, S.L.» presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Badajoz el 27 de marzo de 2013, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, nombramiento de un auditor de cuentas para la verificación de las correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su Presidente del Consejo de Administración, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el Consejo de Administración de la sociedad acordó contratar los servicios de la firma auditora «MP Asesores y Auditores, S.L.» para realizar la auditoría de cuentas del ejercicio 2011 y 2012, por lo que exis-

tiendo un auditor nombrado, es improcedente el nombramiento de uno nuevo. 2.º) Que la sociedad notificó al Juzgado de lo Mercantil de Badajoz a finales del mes de diciembre de 2012 la situación preconcursal en que se encuentra, no habiéndose alcanzado hasta la fecha acuerdo con los acreedores para presentar la propuesta anticipada de Convenio, ni tampoco se ha logrado la refinanciación de la deuda existente.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, con fecha 25 de febrero de 2009, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que los solicitantes reúnen los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la única forma de rebatir la legitimación del minoritario sería declarar de forma clara que el socio minoritario no ostenta el 5% del capital social de la entidad afectada (circunstancia no manifestada en el escrito de oposición). Asimismo no se ha puesto a disposición del socio minoritario el informe de auditoría correspondiente, y no se ha incorporado al propio expediente de nombramiento registral, todo ello conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado expresada en diversas resoluciones.(Por ejemplo: La dictada el 27 de abril de 1999. Con respecto al punto *B)* del escrito de oposición: La alegación de la situación económica de la sociedad con la consiguiente lesión económica que la auditoría provocaría no es motivo de oposición válido conforme citan repetidas resoluciones.(Por Ejemplo: La dictada el 07/07/2003).

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 La primera cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar cuando y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, 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. 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 sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios, que podría eludir fácilmente a través del sencillo procedimiento de retrasar indefinidamente la presentación de las cuentas.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que la primera fecha fehaciente que consta en la documentación presentada por la sociedad es la de presentación en el Registro Mercantil, la cual es, evidentemente, posterior a la de presentación de la instancia solicitando el nombramiento por el Registrador Mercantil. Tampoco se ha garantizado el derecho de los solicitantes al informe de auditoría por ninguno de los medios anteriormente relacionados, es decir, no se ha inscrito el nombramiento de auditor de cuentas, tampoco consta que se ha facilitado al socio el informe de auditoría y, por último, no se ha incorporado al expediente. Por lo cual la auditoría voluntaria contratada por la sociedad no puede enervar el derecho de los socios solicitantes del nombramiento por el Registrador Mercantil.

2.º Tampoco puede prosperar para enervar el derecho de la minoría la alegación de la sociedad sobre la solicitud de concurso voluntario que presentó ante el Juzgado de lo Mercantil, dado 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).

3.º Por último la concurrencia en los solicitantes de la condición de administradores, no puede privarles del ejercicio de un derecho que la ley le

reconoce por su condición de socios. Esto solo ocurriría si se hubieran encargado en exclusiva de la gestión de la sociedad o fueran administradores solidarios –lo que no es el caso– pues entonces habrían podido por si mismos contratar los servicios profesionales de un auditor de cuentas, como un acto más de gestión y buena administración, lo no podrían hacer si la administración fuera mancomunada pues en este caso habrían tenido que contar con el acuerdo y consentimiento de los demás *(cfr.* art. 1.692 del Código Civil).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., Presidente del Consejo de Administración de «Clínica Extremeña de Salud, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Badajoz el 17 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 25 de julio de 2013 (1.ª)

En el expediente 105/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Disma Distribución, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., doña ….. y doña ….., presentaron un escrito en el Registro mercantil de Madrid el 20 de marzo de 2013 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 22,5% del capital social de «Disma Distribución, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. Aportaba testimonio de particulares de la escritura de adjudicación de herencia autorizada por el Notario de Madrid, don Salvador Barón Rivero, el día 13 de septiembre de 2012, número 927 de su protocolo.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, falta de legitimación de las solicitantes, puesto que, comprobados los datos de la instancia con el libro registro de socios, no consta que figuren las solicitantes entre los socios de la compañía. 2.º) Que las solicitantes alegan su condición de accionista de la sociedad a consecuencia de la adquisición *mortis causa* de las acciones de don ….., en virtud de la escritura de adjudicación de herencia autorizada por el Notario de Madrid, don Salvador Baroná Rivero, el 13 de septiembre de 2012, bajo el número 927 de su protocolo notarial. 3.º) Que de conformidad con el artículo 120 de la Ley de Sociedades de Capital, como consecuencia de que no haya títulos impresos de la compañía, la transmisión de acciones tanto *inter vivos* como *mortis causa*, procederá conforme a las normas que regulan la cesión de crédito, contenidas en los artículos 347 y 348 del Código de Comercio y 609 y 1526 del Código Civil, que requieren el cumplimiento de los siguientes requisitos: *a)* La existencia de un título suficiente traslativo de dominio; y *b)* La notificación a la sociedad emisora. 4.º) Que no existen inscritas en el libro registro de acciones las solicitantes de la auditoría de cuentas por no haber notificado a la sociedad la adquisición que invocan.

III

El Registrador Mercantil núm. 10 de Madrid con fecha 13 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud formulada. Mantuvo que la única cuestión planteada es la de si las solicitantes están legitimadas para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas por el Registro, legitimación que la sociedad niega al no figurar inscritas en el libro de Acciones Nominativas y no se ha notificado a la sociedad la transmisión de las acciones. En el presente caso las solicitantes acreditan su legitimación aportando Testimonio de particulares de la escritura de adjudicación de herencia autorizada por el Notario de Madrid, don Salvador Barón Rivero, el día 13 de septiembre de 2012, número 927 de su protocolo y la sociedad niega tal legitimación por no figurar inscritas como sodas en el libro Registro de Acciones Nominativas y no haberse notificado a la sociedad la transmisión de acciones propiedad de don ….., siendo en la propia instancia de solicitud presentada en el Registro Mercantil de Madrid, la primera vez que la compañía ha tenido conocimiento de la citada transmisión. Dicho argumento ya ha sido rechazado en múltiples ocasiones por la Dirección General de los Registros y del Notariado, a saber, la falta de comunicación de la adquisición por los nuevos socios no puede enervar su derecho a solicitar el nombramiento de auditor de cuentas si reúnen, al menos, el cinco por ciento del capital social y lo solicitan en los tres primeros meses desde el cierre del ejercicio. Aceptar dicha alegación, implicaría imponer condicionamientos al ejercicio de un derecho no contemplados en la Ley y, además, porque el propio traslado de la solicitud ha de ser considerado como la comunicación cuya ausencia se denuncia. Consta en el expediente y así se reconoce por la propia sociedad, la notificación realizada por el Registrador Mercantil que suscribe, trasladando la solicitud de nombramiento de auditor y el documento adjunto en el que las solicitantes fundan su legitimación: el testimonio de la escritura de adjudicación de herencia de don ….. a favor de las solicitantes, por lo que ya no puede alegarse por la sociedad desconocimiento de la transmisión *mortis causa*. Por último, respecto a la alegación societaria negando la legitimación de las solicitantes por no figurar inscritas en el libro Registro de Acciones Nominativas, según certificación expedida por el Administrador Único de la misma el día 3 de abril de 2013, indicar que la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha rechazado tal argumento, 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–, negando que la única

forma de acreditar la condición de socios sea la que resulta del libro registro de acciones nominativas a que se refiere el artículo 116 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 de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición y añadiendo que en la Resolución recurrida el Registrador Mercantil invierte los elementos necesarios para ejercitar el derecho del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital: primero ejercitan el derecho y después lo notifican a la compañía cuando, en realidad, primero debieron notificar el título traslativo del dominio para que pudieran ser inscritas en el libro registro de acciones nominativas y, en segundo, lugar, una vez que adquieren la condición de socias, 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 ajustada a derecho el fundamento 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 instancia, de los que resulta que han adquirido la titularidad de más del 5% del capital social. La sociedad, por su parte, no ha aportado prueba alguna que desvirtúe dicho principio de prueba, puesto que, en contra de lo que entiende, no es necesaria la inscripción en el libro Registro de acciones para adquirir la condición de socias, condición que se deriva de el testimonio de la escritura de adjudicación de herencia del fallecido don Alejandro Casado Fernández determinante de la adquisición de la propiedad de dichas acciones por las peticionarias que les confiere la condición de socias *(cfr.* art. 91 de la Ley de Sociedades de Capital).

En cuanto a la «notificación» a la sociedad, ésta ha quedado acreditada en el expediente por el traslado que el Registrador Mercantil de Madrid dio a la administración social de la instancia solicitando el nombramiento registral de auditor de cuentas y de los documentos adjuntos a ella, a fin de que la sociedad pudiera presentar, si lo estimaba conveniente, su oposición a la solicitud.

Y, por último, cabe señalar que es indiferente a efectos de acreditar la legitimación de las solicitantes que no consten inscritas en el libro registro de acciones, ya que, de ser así, se dejaría al arbitrio de una de las partes de este

procedimiento –la sociedad– el ejercicio de un derecho que la ley le atribuye a la otra –las socias minoritarias.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., representante de «Disma Distribución, S.A.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil 10 de Madrid de 13 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 10 de Madrid.

Resolución de 25 de julio de 2013 (2.ª)

En el expediente 106/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de unos socios de «Géneros de Punto Mobo, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., doña ….. y don ….., en su propio nombre y derecho, presentaron un escrito en el Registro mercantil de Barcelona el 24 de enero de 2013 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 «Géneros de Punto Mobo, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. Adjuntaron a su instancia fotocopia de copia simple parcial de la escritura de aceptación de la herencia con adjudicaciones y entrega de legado de usufructo, autorizada el 24 de julio de 2012 por el Notario de Mataró, don Guzmán Claver Jordá, número 896 de protocolo, de la que resulta que don ….., doña ….. y don ….., aceptaron la herencia de su difunto padre y abuelo, don ….., y se adjudicó a don ….. la nuda propiedad de las acciones núms. l a 98 y 201 a 2.165, todas ellas incluidas, más una tercera parte de la acción número 9.500, de la sociedad «Géneros de Punto Mobo, S.A.»; a doña ….. la nuda propiedad de las acciones núms. 2.166 a 3.292 y 6.501 a 7.436, todas ellas incluidas, más una tercera parte de la acción número 9.500, de la citada mercantil; y a don … la nuda pro-

piedad de las acciones núms. 7.437 a 9.499, ambas incluidas, más una tercera parte de la acción número 9.500, de la referida compañía.

II

La sociedad, a través de su Administrador Único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, falta de legitimación de los solicitantes, puesto que adquirieron la nuda propiedad de las acciones, correspondiendo el usufructo de las mismas a doña ….. 2.º) Que los Estatutos sociales de la compañía otorgados ante el Notario de Madrid, don Enrique Jiménez Brundalet, bajo el número 904 de su protocolo el 5 de mayo de 1977, establecieron que «Las acciones serán indivisibles y la sociedad no reconoce más que un propietario por cada una de ellas; los copropietarios de una acción, deberán representarse por uno de ellos. Los usufructuarios y nudo–propietarios deberán, asimismo hacerse representar por uno de ellos; en defecto de acuerdo, la sociedad considerará al usufructuario como representante de los derechos que la acción atribuye». Dichos Estatutos fueron modificados mediante escritura otorgada en fecha 9 de octubre de 1992, ante el Notario de Mataró, don Manuel Martiala y Romero, bajo el númrero 2690 de su protocolo, y en los mismos, sin duda por omisión, no se reguló quien debe considerarse representante cuando existe esa dualidad usufructo–nuda propiedad, por lo que debe regir lo ya estipulado inicialmente y, así la legitimación para realizar la solicitud de nombramiento de auditor corresponde a doña ….., usufructuaria de todas las acciones antes referidas y no a los nudos propietarios que la han instado.

III

El Registrador Mercantil núm. 2 de Barcelona con fecha 20 de febrero de 2013, acordó estimar la solicitud formulada. Mantuvo, sobre la alegación social que atribuye a la usufructuaria el ejercicio de los derechos del socio, que la existencia de un derecho de usufructo sobre las acciones de una sociedad mercantil da lugar a que el estatus jurídico de usufructuario y nudo propietario 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 cualesquiera previsiones que en tomo a ella pudiera contener el título constitutivo del usufructo; y *b)* y frente a él, el de las relaciones internas entre el usufructuario y los nudos propietarios, 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 autonomía normativa de los Estatutos (resoluciones de la Dirección General de los Registros 6 de octubre de 2008, 15 de septiembre de 2009 y 4 de enero de 2011). Centrándonos en las relaciones externas y en base a una interpretación literal del artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, debe sostenerse que el ejercicio del derecho de auditoría corresponde al nudo propietario, salvo disposición contraria de los estatutos; es decir, el derecho de auditoría es un derecho independiente y autónomo, que debe incluirse en la regla general de que el ejercicio de los demás derechos del participe corresponde al nudo propietario, pudiéndose atribuir solamente como excepción al usufructuario, mediante disposición expresa en los estatutos (en este sentido puede verse la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 16 de noviembre de 1999).

En el caso que nos ocupa, debe precisarse que los Estatutos sociales vigentes de la sociedad «Géneros de Punto Mobo, S.A.» –resultantes de la modificación, refundición y adaptación de los mismos a la normativa sobre Sociedades Anónimas y que constan en la Inscripción 6.ª de las practicadas en la Hoja abierta en este Registro a nombre de la citada mercantil– no establecen regulación alguna en relación al usufructo de acciones –circunstancia expresamente reconocida por la sociedad en el escrito de oposición–, sin que pueda admitirse que la oponente se remita a lo que establecen los Estatutos recogidos en la escritura de constitución, al haber perdido éstos últimos su vigencia al tiempo de su adaptación a la normativa sobre Sociedades Anónimas, y sin que conste inscrita en este Registro nueva modificación estatutaria. A mayor abundamiento, si se quisiera introducir una disposición expresa que atribuyese al usufructuario el derecho de auditoría, la sociedad, en todo caso, debería proceder a introducir dicha disposición en los Estatutos Sociales y a modificar los mismos, para su posterior inscripción en el Registro Mercantil, ya que actuar de otra forma supondría una quiebra en el principio de seguridad jurídica en el marco de la eficacia de la publicidad Registral (puede verse la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 31 de marzo de 2000).

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. Insistió en el argumento de que tal y como consta en la escritura de constitución de la sociedad, el ejercicio de los derechos del socio corresponde al usufructuario, no al nudo propietario.

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, 30 de mayo de 2007, 6 de octubre de 2008, 15 de septiembre de 2009 y 4 de enero de 2011.

Procede confirmar por ajustada a derecho la Resolución dictada por la Registradora Mercantil de Barcelona. En efecto, los solicitantes han aportado un principio de prueba por escrito de su legitimación mediante los documentos adjuntos a su solicitud, de los que resulta que ha adquirido la titularidad de más del 5% del capital social de la compañía. La sociedad, por su parte, se limita a cuestionarla sobre la base de un precepto contenido en unos Estatutos Sociales que no están vigentes desde el año el 1992, olvidando que en los que en la actualidad rigen la vida de la sociedad no existe ningún precepto regulador de quien debe ejercer los derechos del socio, en caso de que esté desmembrada la propiedad del usufructo, siendo así que, a falta de tal previsión

estatutaria, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital que establece, sin dejar margen interpretativo alguno, en su núm. 1, que «en caso de usufructo de participaciones o de acciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario…» y en su núm. 2. que «en las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario regirá lo que determine el título constitutivo del usufructo y, en su defecto, lo previsto en esta ley y, supletoriamente, lo dispuesto en el Código Civil».

Como indicó la Registradora Mercantil en el acuerdo recurrido la inscripción en el Registro Mercantil de dichos Estatutos es obligatoria en garantía de la seguridad jurídica que su publicidad dispensa a acreedores y terceros relacionados con la sociedad, y no puede derogarse arbitrariamente por la sola voluntad de su Administrador Único, sin antes haber adoptado el acuerdo por la Junta general que deberá ser elevado a escritura pública e inscrito –obligatoriamente– en el Registro Mercantil.

Consecuentemente, deben aplicarse las previsiones del artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital, de las que resultan que los solicitantes de la auditoría de cuentas están legitimados para ejercer el derecho que les reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., Administrador Único de «Géneros de Punto Mobo, S.A.» y confirmar la Resolución de la Registradora Mercantil 2 de Madrid de 20 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 2 de Barcelona.

Resolución de 25 de julio de 2013 (3.ª)

En el expediente 108/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Foster's Boadilla GR 116, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 27 de marzo de 2013 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 «Foster's Boadilla GR 116, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2009.

II

La sociedad, a través de su Administrador Único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que no procede el nombramiento de auditor solicitado, dado que la sociedad ya contrató un auditor de cuentas para la revisión de las correspondientes al ejercicio 2012. Añadió que si se estimara dicha solicitud se duplicarían los costes.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 16 de abril de 2013, 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 presente caso no se aporta documentación alguna por la sociedad en defensa de su derecho. Tal y como mantiene en reiterada doctrina la Dirección General de los Registros y del Notariado, la existencia de una auditoría voluntaria (sin que sea determinante a instancia de quién haya sido designado ese auditor–Juez, Registrador, u órganos sociales) enerva el derecho del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, siempre que ese nombramiento cumpla 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, no se ha acreditado dicho nombramiento; no se hace constar la fecha del mismo, tan solo se menciona que «ya se ha solicitado la auditoría de dichas cuentas» no se indica por quien se ha solicitado y tampoco se señala el auditor designado, por o que el Registrador no se puede pronunciar sobre si dicha designación voluntaria cumpliría con las condiciones requeridas para enervar el derecho del socio al 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 las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Adjuntó a dicho escrito un contrato de auditoría celebrado ente él mismo como Administrador Único de la compañía y don ….. que actuó en nombre y representación de la entidad mercantil auditora «Auren Auditores Mad., S.L.».

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.

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 sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios, que podría eludir fácilmente a través del sencillo procedimiento de retrasar indefinidamente la presentación de las cuentas.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, en primer lugar, la fotocopia del contrato con la firma auditora «Auren Auditores Mad., S.L.» carece de fecha fehaciente que acredite el requisito de anterioridad, pues fue presentada acompañando al escrito de interposición del recurso con entrada en el Registro Mercantil el 5 de mayo de 2013. Tampoco cumple la segunda de las condiciones exigidas por esta Dirección General, pues la sociedad no ha procedido a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas, ni el informe de auditoría de las cuentas del 2012 se ha puesto

a disposición del socio minoritario, ni tampoco se ha incorporado al expediente. Consecuentemente, se ha de concluir, que la auditoría voluntaria contratada por la sociedad no ha enervado el derecho del socio minoritario.

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 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 ….., Administrador Único de «Foster's Boadilla GR 116, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 3 de Madrid el 16 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 3 de Madrid.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (1.ª)

En el expediente 111/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Crupe Technology Sistems, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., en nombre y representación de don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Málaga el 26 de marzo de 2013 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 «Crupe Technology Sistems, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través su administradora, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad no ha tenido apenas movimiento durante el año 2012. 2.º) Que la solicitante no ha mostrado interés alguno en solicitar los movimientos de la empresa, ni copia de las cuentas del 2012. 3.º) Que, asimismo, carece de legitimación para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas, porque no se acredita la representación que dice ostentar.

III

La Registradora Mercantil de Málaga, con fecha 17 de abril de 2013, tras señalar que el escrito de oposición es extemporáneo, al haberse formulado una vez trascurrido el plazo de cinco días previsto en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro mercantil, acordó estimar la solicitud formulada, dado que el hecho de que la sociedad apenas haya tenido movimiento durante el ejercicio 2012, es indiferente en el procedimiento. En cuanto a la alegación de que el solicitante carece de legitimación para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas porque no acredita la legitimación que dice ostentar, mantuvo que dicha representación quedó acreditada en virtud de la escritura de poder otorgada el 1 de agosto de 2012, por el Notario de Estepona don ….., número 1256 de su protocolo, cuya copia se adjuntó a la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas.

IV

Contra dicha Resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que en la notificación realizada a la sociedad no se adjuntó copia de la escritura de poder del solicitante y sí, en cambio, copia de la escritura de constitución de la sociedad, lo cual era innecesario. 2.º) Que siendo una de las causas de oposición la falta de legitimación de la solicitante, si no se da traslado del poder de representación, no es posible ejercer el derecho de defensa y de fiscalización de la sociedad. 3.º) Que, en todo caso, el solicitante es perfectamente consciente de la situación de precario y su único interés es dañar lo máximo posible a la sociedad meneándole gastos innecesarios. 4.º) Que no procede el nombramiento porque la sociedad no ha tenido actividad económica en el ejercicio 2012. Finalizó su escrito insistiendo que el solicitante carece de legitimación, dado que la solicitud está firmada por la Sra. Pegenaute indicando que ostenta la representación en virtud de un poder que, sin embargo, no adjunta a su escrito.

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, 14 de febrero de 2006 31 de mayo de 2007.

1.º No pueden prosperar en esta Resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la recurrente en su escrito de interposición del recurso. En primer lugar, la Registradora Mercantil tuvo en cuenta en la Resolución recurrida las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de oposición, aún cuando indicara que dicha oposición fue presentada fuera del plazo previsto en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

2.º En cuanto a la representación de don ….., socio minoritario de la entidad mercantil «Crupe Technology Sistems, S.L.» ha quedado también acreditada pues, como mantuvo la Registradora Mercantil, consta en el expediente copia del poder general otorgado por de don ….. a favor de doña ….. y autorizado por el Notario de Estepona, don Ignacio Bayón Pedraza, bajo el número 1256 de su protocolo, que faculta a la firmante de la instancia para ejercitar ante la Registradora Mercantil, en nombre de su representado, un acto de mera gestión como lo es el de solicitar el nombramiento de un auditor de las cuentas del último ejercicio económico para conocer si éstas ofrecen la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera de la sociedad, siendo la Registradora Mercantil en este procedimiento, el funcionario público competente para tramitar y resolver dicha solicitud.

3.º Tampoco puede prosperar las alegaciones que atribuye al socio minoritario la intención de causar daño a la sociedad, dado que como ha mantenido este Centro Directivo, las motivaciones que han llevado a los socios a solicitar la auditoría no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que le atribuye el Reglamento del 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.

4.º Por último, en cuanto a la escasa o incluso nula actividad económica que, según su administradora, la sociedad ha tenido en el año 2012 no pueden ser motivo para impedir al socio minoritario el ejercicio de un derecho que la ley le reconoce, puesto que la personalidad jurídica de la sociedad subsiste, sin que conste en el Registro Mercantil que se haya acordado su disolución ni por la Junta general de socios ni por la autoridad judicial.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., administradora de «Crupe Technology Sistems, S.L.» Contra la Resolución de la Registradora Mercantil de Málaga de 17 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil Málaga.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (2.ª)

En el expediente 112/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «CRUPE Sistems, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., en nombre y representación de don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Málaga el 26 de agosto de 2013 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 «CRUPE Sistems, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través su administradora, doña ….. Villaba, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad no ha tenido apenas movimiento durante el año 2012. 2.º) Que el solicitante no ha mostrado interés alguno en solicitar los movimientos de la empresa, ni copia de las cuentas del 2012. 3.º) Que la solicitante carece de legitimación para instar el nombramiento registral de auditor de cuentas, porque no se acredita la representación que dice ostentar.

III

La Registradora Mercantil de Málaga, con fecha 17 de abril de 2013, tras señalar que el escrito de oposición es extemporáneo, al haberse formulado una vez trascurrido el plazo de

cinco días previsto en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro mercantil, acordó estimar la solicitud formulada, dado que el hecho de que la sociedad apenas haya tenido movimiento durante el ejercicio 2012, es indiferente en el procedimiento. En cuanto a la alegación de que el solicitante carece de legitimación para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas porque no acredita la legitimación que dice ostentar, mantuvo que dicha representación quedó acreditada en virtud de la escritura de poder otorgada el 1 de agosto de 2012, por el Notario de Estepona don Ignacio Bayón Pedraza, número 1256 de su protocolo, cuya copia se adjuntó a la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas.

IV

Contra dicha Resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que en la notificación realizada a la sociedad no se adjuntó copia de la escritura de poder del solicitante y sí, en cambio, copia de la escritura de constitución de la sociedad, lo cual era innecesario. 2.º) Que siendo una de las causas de oposición la falta de legitimación de la solicitante, si no se da traslado del poder de representación, no es posible ejercer el derecho de defensa y de fiscalización de la sociedad. 3.º) Que, en todo caso, el solicitante es perfectamente consciente de la situación de precario y su único interés es dañar lo máximo posible a la sociedad meneándole gastos innecesarios. 4.º) Que no procede el nombramiento porque la sociedad no ha tenido actividad económica en el ejercicio 2012. Finalizó su escrito insistiendo que el solicitante carece de legitimación, dado que la solicitud está firmada por la Sra. Pegenaute indicando que ostenta la representación en virtud de un poder que, sin embargo, no adjunta a su escrito.

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, 14 de febrero de 2006 31 de mayo de 2007.

1.º No pueden prosperar en esta Resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la recurrente en su escrito de interposición del recurso. En primer lugar, la Registradora Mercantil tuvo en cuenta en la Resolución recurrida las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de oposición, aún cuando indicara que dicha oposición fue presentada fuera del plazo previsto en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

2.º En cuanto a la representación de don ….., socio minoritario de la entidad mercantil «CRUPE. Sistems, S.L.» ha quedado también acreditado ha quedado también acreditada pues, como mantuvo la Registradora Mercantil, consta en el expediente copia del poder general otorgado por de don….. a favor de doña ….. y autorizado por el Notario de Estepona, don Ignacio

Bayón Pedraza, bajo el número 1256 de su protocolo, que faculta a la firmante de la instancia para ejercitar ante la Registradora Mercantil, en nombre de su representado, un acto de mera gestión como lo es el de solicitar el nombramiento de un auditor de las cuentas del último ejercicio económico para conocer si éstas ofrecen la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera de la sociedad, siendo la Registradora Mercantil en este procedimiento, el funcionario público competente para tramitar y resolver dicha solicitud.

3.º Tampoco puede prosperar las alegaciones que atribuye al socio minoritario la intención de causar daño a la sociedad, dado que como ha mantenido este Centro Directivo, las motivaciones que han llevado a los socios a solicitar la auditoría no pueden examinarse en este procedimiento, dado el limitado ámbito de conocimiento que le atribuye el Reglamento del 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.

4.º Por último, en cuanto a la escasa o incluso nula actividad económica que, según su administradora, la sociedad ha tenido en el año 2012 no pueden ser motivo para impedir al socio minoritario el ejercicio de un derecho que la ley le reconoce, puesto que la personalidad jurídica de la sociedad subsiste, sin que conste en el registro mercantil que se haya acordado su disolución ni por la Junta general de socios ni por la autoridad judicial.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., administradora de «CRUPE Technology Sistems, S.L.» contra la Resolución de la Registradora Mercantil de Málaga de 17 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil Málaga.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (3.ª)

En el expediente 113/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Grupo Mónaco 2005, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 28 de marzo de 2013 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 «Grupo Mónaco 2005, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. Adjuntó a su escrito copia de la escritura de constitución de la sociedad otorgada en Alicante, el 3 de octubre de 2011 ante el Notario de dicha localidad, don Delfín Martínez Pérez, bajo el número 1534 de su protocolo, así como escritura de subsanación otorgada en Alicante el 10 de octubre de 2011 ante el mismo Notario que la autorizó bajo el núm. 1567 de su protocolo.

II

La sociedad, a través su administrador, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad no ha tenido apenas actividad durante el año 2012 cesando en su actividad el 31 de diciembre del ese año, debido a que los gastos superan los ingresos. 2.º) Que la sociedad carece de medios para afrontar los gastos que generara la auditoría de cuentas. 3.º) Que el administrador y firmante del escrito ha cargado hasta la fecha con todos los gastos sociales, sin recibir ninguna ayuda del socio solicitante de la auditoría.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 22 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud formulada, dado que la mala situación económica de la sociedad no puede ser causa de oposición a un derecho reconocido por ley al socio minoritario. Así lo ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado en reiteradas resoluciones y respecto a la oposición de que el coste repercuta en la sociedad, tampoco puede ser tenida en cuenta, por cuanto que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital así lo establece expresamente. El que la sociedad haya cesado en su actividad tampoco es causa que impida la designación de auditor de cuentas, por cuanto que la inactividad durante el último ejercicio económico no es motivo para que deje de presentar sus documentos contables en el Registro Mercantil, aún que haya tramitado la baja en el censo de empresarios de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, dado que como persona jurídica subsiste en el Registro Mercantil y, por tanto, es posible ejercitar el derecho reconocido a los socios minoritarios 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 aducidas 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 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, 14 de febrero de 2006 31 de mayo de 2007.

1.º No pueden prosperar en esta Resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la recurrente en su escrito de interposición del recurso. En primer lugar, la escasa actividad económica que, según su administrador, la sociedad ha tenido durante el año 2012 no pueden ser motivo para impedir al socio minoritario el ejercicio de un derecho que la ley le reconoce, puesto que la personalidad jurídica de la sociedad subsiste y, por tanto, continúa obligada a presentar sus cuentas anuales para su depósito en el Registro Mercantil. Además de lo anterior, no hay constancia en el Registro Mercantil de ningún acuerdo de disolución ni adoptado por la Junta general de socios ni tampoco por la autoridad judicial.

2.º Tampoco la alegación relativa a sus dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, puede enervar el derecho del socio minoritario al nombramiento registral de auditor, puesto que como ha mantenido este Centro Directivo, 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 del *soci minoritari* a la verificación contable del ejercicio 2012.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador de «Grupo Mónaco 2005, S.A.» contra la Resolución de la Registradora Mercantil de Alicante de 22 de abril de 2013.

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

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Alicante.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (4.ª)

En el expediente 114/2013 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Promociones Nevamotril, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito el 27 de marzo de 2013 en el Registro Mercantil de Granada solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como socia de «Promociones Nevamotril, S.L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don , se opuso a dicha pretensión negando la legitimación de la solicitante de la auditoría, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que la peticionaria es cotitular, junto con su ex marido, de 1.700 participaciones sociales y desde la constitución de la sociedad el citado Señor es el que ha asistido a todas las Juntad generales ejerciendo los derechos que corresponden al socio. 2.º) Que, si bien es cierto que están divorciados, aún no ha sido liquidada la sociedad de gananciales por falta de acuerdo entre los cónyuges. 3.º) Que el artículo 126 de la ley de Sociedades de Capital establece que en caso de cotitularidad de participaciones sociales, el ejercicio de los derechos del socio debe realizarse por uno de los cotitulares designado por los mismos.

III

El Registrador Mercantil de Granada, con fecha 12 de abril de 2012, acordó estimar las solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado, al entender que las alegaciones formuladas en el escrito de oposición no son suficientes para negar la legitimación

de la solicitante, respecto del cual se puede señalar lo siguiente: *a)* Se reconoce en el escrito de oposición la cotituiaridad de participaciones sociales de la solicitante, si bien la Sra. ….., no estaría legitimada para el ejercicio del derecho que tiene todo socio minoritario a solicitar el nombramiento de auditor, debiendo corresponderle a su ex esposo el cual no está de acuerdo en dicha solicitud, basándose para ello en el articulo 126 de la LSC, al haber sido dicho Sr. el que siempre ha ejercitado los derechos de socio, y sin que hasta ese momento haya actuado de modo alguno con carácter perjudicial para la sociedad de gananciales. *a)* La propia sociedad están reconociendo el carácter de socia de doña ….., como integrante de la comunidad resultante tras la disolución y aún en liquidación de la sociedad de gananciales, centrándose la cuestión en la naturaleza de esa comunidad postganancial y el régimen jurídico aplicable en cuanto a los actos de administración de los bienes integrantes de la misma, en los se incluiría el ejercicio del derecho del socio minoritario a solicitar el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil. Esa comunidad postganancial surgida de la previa disolución, es, una comunidad en liquidación, y prescindiendo de las discusiones doctrinales que en cuanto al nombre que hay que dar a la misma y que no es el objeto de esta Resolución, si existe consenso en cuanto a que los actos de administración o gestión, siguiendo los criterios de la administración de la comunidad hereditaria, se tomarán por mayoría, si no se nombra un administrador, y como el acuerdo de la mayoría se dará cuando esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad, en el caso que nos ocupa son dos (ambos ex esposos), y con derechos iguales, siendo por tanto imposible conseguir esa mayoría, es por lo que sería el Juez quien proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, lo que ha de tenerse en cuenta para la determinación o no, de la persona a que se refiere el articulo 126 de la LSC. Por otro lado la jurisprudencia en relación a la legitimación activa, ha admitido que «cualquier tipo de participación, en ejercicio o defensa, que sea en beneficio de la comunidad puede ser ejercitada por cualquier partícipe». Los beneficios recaen sobre todos los cotitulares, pero los perjuicios afectarán al partícipe accionante. El problema surgiría si existe oposición por el otro participe, que revelaría que existen diferencias sobre lo que es beneficioso para la comunidad. Pero centrándonos en lo que se refiere al ejercicio del derecho a solicitar el nombramiento de auditor por vía del artículo 265.2 de la LSC, la doctrina de la DGRN ha venido reconociendo de forma reiterada que manteniéndose disuelta pero indivisa la sociedad de gananciales la esposa está legitimada para realizar actos de administración y gestión de la misma que es la naturaleza que debe atribuirse a la acción de solicitar el nombramiento registral de auditor por la vía del artículo 2.652 de la LSC. RDGR 7-V-03, 8-V-03. Que el ejercicio del derecho del artículo 265.2 de la LSC solicitar el nombramiento de auditor por vía del artículo 265.2 de la LSC, la doctrina de la DGRN ha venido reconociendo deforma reiterada que manteniéndose disuelta pero indivisa la sociedad de gananciales la esposa está legitimada para realizar actos de administración y gestión de la misma, que es la naturaleza que debe atribuirse a la acción de solicitar el nombramiento registral de auditor por la vía del artículo 2.652 de la LSC. RDGR 7-5-03, 8-5-03. Que el ejercicio del derecho del artículo 265.2 de la LSC, se enmarca dentro de los actos de administración, por ello, en el caso de que los gananciales estén disueltos pero no liquidados, el ejercicio de aquél derecho corresponde a cualquiera de los cónyuges. RDGR 20 de enero de 2004. La acción de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor es un acto de administración que puede ser ejercitado por cualquiera de los cónyuges de la sociedad de gananciales. RDGRN 5 de febrero de 2002, 28 de septiembre de 2004, y 22 de septiembre de 2005. Sin embargo, la DGRN ha tenido en cuenta también el supuesto de que estando disuelta pero no liquidada la sociedad de gananciales en virtud de sentencia definitiva, (lo que aún no se ha producido en el caso que nos ocupa), debe negarse legitimación al solicitante cuando «resulta probado» que las facultades de administración o gestión han sido atribuidas por «decisión judicial» a su antiguo cónyuge, sin que conste que éste haya con-

firmado o ratificado aquélla solicitud (RDGR 5 de julio de 2002). Por lo tanto, se establece como única excepción al ejercicio del derecho por cualquiera de los cónyuges, cuando sea un «juez», a falta de acuerdo, el que atribuya dichas facultades a uno sólo de ellos; sin que sea suficiente el que con anterioridad lo haya sido uno de los cónyuges, ya que la comunidad de gananciales se ha transformado en una comunidad postganancial y la confianza que inspiraba la gestión de uno de los cónyuges, como mandatario tácito, no tiene por qué persistir, ya que la base del mismo es la confianza y si dicha confianza desaparece, también desaparece el principio que lo sustenta, lo que se pone de manifiesto por el hecho de ejercitar por sí misma, doña ….., el derecho a solicitar el nombramiento de auditor al Registro Mercantil. En cuanto a que el ex marido, don ….., no respalda en absoluto la solicitud de su ex esposa, resulta de una declaración efectuada por el administrador de la sociedad «Promociones Nevamotril, S.L.», don ….., y no del propio interesado que es quien ha de hacer dicha manifestación, no acreditándose de ningún modo dicha voluntad, ni mediante escrito o ratificación al respecto, ya que dicha declaración se realiza por el representante de la sociedad afectada, no pudiendo sustituir éste aquélla declaración de voluntad que se entiende que corresponde a su titular con carácter personal. (art. 1259 del CC). No se le puede dar mayor credibilidad a dicha manifestación que a la efectuada por la solicitante en una instancia suscrita por ella misma, sin aportar ni siquiera un principio de prueba que lo acredite.

IV

Contra dicha Resolución, la indicada representación social interpuso, en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando, básicamente, los argumentos aducidos en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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 de fondo que plantea el presente recurso se centra en 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 «Promociones Nevamotril, 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 –artículo 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 la condición de socio de don ….. y su titularidad sobre 1700 participaciones sociales, equivalentes a más del 5% del capital social, ha quedado, básicamente, acreditada la legitimación de su ex cónyuge y solicitante de la auditoría para ejercer el derecho al nombramiento registral de auditor.

La sociedad recurrente, por su parte, no ha logrado desvirtuar dicha legitimación y ello por las siguientes razones: En primer lugar, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido reiteradamente que, tras la disolución de la sociedad de gananciales se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad post-ganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre y cada uno de los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad de tipo 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 Registrador Mercantil de Granada 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 126 de la Ley de Sociedades de Capital relativa a la copropiedad de participaciones, 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 su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto Don ….., en su condición de administrador solidario de «Promociones Nevamotril, S.L.», y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Granada de 12 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, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Granada.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (5.ª)

En el expediente 115/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Espacio Urbano Siglo XXI, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Zaragoza el 27 de marzo de 2013 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 «Espacio Urbano Siglo XXI, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, resumidamente: 1.º) Que, aún reconociendo el derecho de los socios minoritarios a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, en este caso, el Registrador Mercantil debe tener en cuenta las circunstancias concurrentes. En efecto, el presente expediente está íntimamente relacionado con el expediente 32/2013, de nombramiento de auditor de cuentas para la sociedad «La Casa de la Construcción Hermanos Rama, S.L.», puesto que los socios de ambas sociedades son los mismos: De un lado el matrimonio formado por don ….. y doña ….. y, de otro lado, el matrimonio formado por don ….. y doña ….., la cual es administradora solidaria de ésta compañía y que lo fue hasta el 6 de marzo de 2013 de la otra sociedad, figurando entre sus obligaciones la de redactar y someter a votación las cuentas anuales, cerradas a 31 de diciembre, de cuya elaboración responde. 2.º) Que, con lo expuesto, queda más que evidenciado que con el ejercicio de este derecho

se persigue una finalidad espuria, al margen del derecho. Existe una razón mas que evidencia que con el ejercicio de este derecho se persigue una finalidad antisocial y es que la sociedad no ha tenido actividad en el último ejercicio económico, circunstancia de sobra conocida por el solicitante, cuya única finalidad es la de causar un perjuicio económico a la compañía. 3.º) Que, a todo lo anterior se ha de añadir las dificultades económicas por las que atraviesa la sociedad que hacen difícil, sino imposible costear los gastos de la auditoría.

III

El Registrador Mercantil de Zaragoza, con fecha 16 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, por entender que no es motivo en virtud del cual pueda prosperar la oposición al nombramiento de auditor la falta de liquidez de la sociedad, dados los claros términos en que se manifiesta el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital. 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 de la Ley de Sociedades Anónimas; que la mención en la solicitud de nombramiento de auditor de los datos regístrales 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.° de la Ley de Sociedades Anónimas no precisa contener la causa de la solicitud, la cual es siempre y típicamente la misma, a saber, ¡a inexistencia de una auditoría del período para el que se solicita». Tampoco es causa en virtud del cual pueda prosperar la oposición al nombramiento de auditor los motivos que se atribuyen al solicitante para realizar su petición, ni la certeza de sus manifestaciones, dados los claros términos en que se manifiesta el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital. En relación con la posible alegación, como causa de oposición al nombramiento, de un pretendido abuso del derecho, cabe señalar: *a)* La Resolución de la Dirección General de los Registro y del Notariado de 24 de abril de 2000: «Tampoco sirve para desvirtuar la decisión registral la advocación del artículo 7 del Código Civil, invocando la falta de legitimación del socio por abuso de derecho, derivado de su ejercicio con mala fe, puesto que existe también ya abundantísima doctrina de este Centro Directivo señalando que resulta imposible examinar en este tramite, dado lo limitado del conocimiento que tiene atribuido, las razones o motivaciones que llevan al socio a socio a requerir el nombramiento, ya que si bien es cierto que esas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe y no ampara, por el contrario, el abuso del 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 sólo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (*cfr.* art. 2.002 del Código Civil) para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. 3. Como ha puesto de manifiesto reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado 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 tos 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 núm. 2. Con ello se determina, el no poderse aceptar que el motivo de la solicitante en su instancia, es causa para oponerse al nombramiento de auditor». *b)* La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 2003: «Así, no puede desvirtuarla –la petición del solicitante– la invocación de un pretendido abuso de derecho por parte de la socia solicitante. Existe, en efecto, abundantísima doctrina por parte de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera–, señalando que resulta imposible examinar 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 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 sólo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil *(cfr.* art. 1.902 del Código Civil) para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados». Por último tampoco sería admisible como causa de oposición la relación con el expediente 32/2013 de este Registro, ya que el socio solicitante esta auditoría no figura como administrador solidario desde el año 2002, aunque doña ….. si figure, ya que ella no consta como solicitante de la auditoría en el presente expediente.

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 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, 3 de mayo de 2009 y 19 de noviembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta Resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad. En primer lugar, como bien conoce la representación recurrente, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas por el Reglamento

del Registro Mercantil, excluye cualquier consideración sobre las motivaciones que hayan llevado al socio a instar la auditoría de cuentas, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de 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 presumirse nunca. Quienes se sientan perjudicados por la actuación supuestamente maliciosa siempre podrá acudir a la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

2.º En este contexto poco ha de importar el vínculo matrimonial que existe entre el peticionario de la auditoría y la administradora solidaria de la sociedad, puesto que en este procedimiento actúa en su condición de socio, ejercitando un derecho que la ley le reconoce, aún cuando conozca la situación económica y contable de la sociedad. En efecto, como ha mantenido reiteradamente este Centro Directivo, 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º Tampoco las dificultades económicas que la sociedad alega 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 2012.

4.º Para finalizar, se ha de señalar que la falta de actividad económica de la compañía no puede ser óbice para el ejercicio del derecho a la verificación contable, dado que su personalidad jurídica subsiste hasta que no se haya procedido a la completa disolución de la sociedad y cancelado en el Registro Mercantil los asientos correspondientes a la sociedad extinguida. En el caso que nos ocupa no consta en el Registro Mercantil ni siquiera la liquidación de la sociedad y, por tanto, es plenamente factible solicitar del Registrador el nombramiento de un auditor que verifique si las cuentas anuales del último

ejercicio económico reflejan la realidad patrimonial y financiera de la empresa.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., en nombre y representación de «Espacio Urbano Siglo XXI, S.L.» contra la Resolución dictada por la Registradora Mercantil de Zaragoza 16 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, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Zaragoza.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (6.ª)

En el expediente 117/2013 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 27 de marzo de 2013 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 equivalentes al 20% del capital social de «Reca Agrindus, S.L.», el nombramiento de un auditor que verifique las cuentas del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su administradora solidaria, doña ….. Carmen López Soto, se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia, que la sociedad nombró, voluntariamente, auditor de cuentas para el citado ejercicio en la Junta General Extraordinaria celebrada el 27 de noviembre de 2012. Dicho nombramiento consta inscrito en el Registro Mercantil en la hoja abierta a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil núm. 19 de Madrid, con fecha 17 de abril de 2013 y tras señalar que el peticionario reunía las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, acordó desestimar su petición, pues conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el nombramiento voluntario de auditor efectuado por la sociedad enerva el derecho del socio siempre 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, se cumplen las dos condiciones exigidas por la Dirección General pues la sociedad procedió, con anterioridad a la petición del socio a nombrar auditor de cuentas para el ejercicio 2012, recayendo la designación en la empresa auditora «Audireport, S.L.» constando inscrito el nombramiento en la inscripción 13.ª) practicada el 17 de diciembre de 2012, lo que garantiza el derecho del socio al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2011.

IV

Contra dicha Resolución don ….. interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando su solicitud de nombramiento de auditor y alegando, resumidamente: 1.º) Que con fecha de 9 de noviembre de 2012 recibió un burofax convocándole a la Junta general Extraordinaria el 27 de noviembre del mismo año. 2.º) Que con fecha de 17 de noviembre de 2013, mediante burofax dirigido a la sociedad, solicitó la presencia de Notario para la referida Junta, según lo establecido en el artículo 55 de la Ley de Sociedades de responsabilidad Limitada *(sic)*, así como las Actas de las de la Junta de 2008, 2009, 2010 y 2011. 3.º) Que el citado burofax, pese a estar comunicado a la sociedad desde el día 19 de noviembre, no fue recogido sino hasta el mismo día de la Junta, cinco minutos antes. 4.º) Que adjunta Acta de dicha Junta, en cuyos puntos 2 y 4 se puede comprobar la sutil maniobra de la sociedad para seguir engañando al Registro Mercantil. 5.º) Que estos hechos y maniobras no son esporádicos, sino que también se vienen produciendo en otras sociedades con la misma treta y cuando no lo consiguen no se dejan auditar, a título de ejemplo se aporta el documento núm. 6 para su comprobación y verificación.

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, 30 de octubre de 2009 y 15 de abril de 2010.

1.º No pueden prosperar en esta Resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Y ello, en primer lugar, porque el limitado

ámbito de conocimiento atribuido por el Reglamento del Registro Mercantil a este procedimiento impide dilucidar cuestiones distintas a la procedencia del nombramiento registral de auditor y, en su caso, a las posibles causas de enervación que se deriven del registro o que hayan sido planteadas por la sociedad. Si el recurrente considera que el nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2012 es el resultado de una maniobra de la administración social deberá plantear esta cuestión ante la jurisdicción civil ordinaria.

2.º Por lo demás, cabe señalar que procede confirmar el fundamento de derecho único de la Resolución adoptada por el Registrador Mercantil de Madrid pues, como ha mantenido reiteradamente este Centro Directivo, el nombramiento voluntario de auditor efectuado por la sociedad enerva el derecho del socio minoritario que acredite reunir las condiciones de legitimación y tiempo previstas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital cuando dicho nombramiento es anterior a la solicitud de éste y, además, cuando se garantiza el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograse mediante la inscripción del nombramiento, la entrega de dicho informe al socio minoritario o mediante su incorporación al expediente.

En el supuesto examinado, tal como se deduce de la inscripción 13.ª practicada en la hoja abierta a la sociedad, el nombramiento de auditor de cuentas efectuado por la sociedad, fue previo a la solicitud de la minoría y, asimismo, mediante la precitada inscripción ha quedado garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2012, dado que la sociedad cuando presente las cuentas de dicho ejercicio para su depósito, habrá de acompañarlas del informe realizado por el auditor inscrito, el cual será público para el solicitante y para otros posibles interesados en conocer la marcha de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., socio minoritario de «Reca Agrindus, S.L.», contra el acuerdo adoptado el 17 de abril de 2012 por el Registrador Mercantil núm. 19 de Madrid.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.– Sr. Registrador Mercantil núm. 19 de Madrid.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (7.ª)

En el expediente 119/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Domingo Guisasola, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. y don …..., presentaron un escrito enviado mediante fax al Registro Mercantil de Guipúzcoa el 30 de marzo de 2013, con fecha de entrada el 2 de abril del mismo año, 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 «Domingo Guisasola, S.A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su Administrador Único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que los solicitantes no ostentan la condición de socios de la compañía, dado que no manifestaron en ningún momento la adquisición de participaciones sociales. 2.º) Que la solicitud es extemporánea pues tuvo entrada en el Registro mercantil de Guipúzcoa el 2 de abril de 2013, siendo así que el plazo para instar el nombramiento de auditor de cuentas venció el 31 de marzo de 2013, dado que el ejercicio económico de la sociedad cierra el 31 de diciembre de cada año.

III

El Registrador Mercantil de Guipúzcoa, con fecha 22 de abril de 2013, 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 las alegación de la sociedad pues sobre la legitimación del socio, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido 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 este sentido la Resolución de 8 de febrero de 2012 mantuvo que el desconocimiento por la sociedad de la transmisión efectuada no puede ser tal, ya que independientemente de que se ha realizado una notificación expresa al órgano de administración, consta en el expediente la notificación realizada por el Registrador Mercantil cuando trasladó a la sociedad la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas. En cuanto a la alegada presentación extemporánea de la instancia, conforme al artículo 48.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si el último día de vencimiento del plazo fuera inhábil se entenderá prorrogado al primer

día hábil siguiente. Siendo el último día del mes de marzo inhábil, así como el día 1 de abril siguiente también inhábil en la Comunidad Autónoma de Guipúzcoa por ser Lunes de Pascua, el documento que previamente había accedido por fax el 30 de marzo de 2013, fue presentado dentro del plazo en los dos formatos, de conformidad con la legislación administrativa vigente.

IV

Contra dicha Resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General con fecha de presentación de 15 de mayo de 2013, 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 de Capital, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

El presente recurso plantea una cuestión procedimental que hace ocioso el examen de las restantes. Dicha cuestión es la relativa al plazo preclusivo de interposición del recurso, dado que conforme al artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil el plazo para su interposición es el de 15 días contados desde la notificación de la Resolución recurrida, siendo así que en el caso que nos ocupa la Resolución del Registrador Mercantil de Guipúzcoa fue recepcionada por la sociedad el día 24 de abril de 2013 y el recurso de alzada que hoy se resuelve fue presentado el 15 de mayo del mismo año, es decir, trascurrido con creces el plazo previsto en el Reglamento para su interposición, por lo cual se ha de concluir que es extemporáneo.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto inadmitir el recurso de alzada interpuesto por don ....., Administrador Único de «Domingo Guisasola, S.A.», contra la Resolución dictada por el Registrador Mercantil de Guipúzcoa el 22 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Guipúzcoa.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (8.ª)

En el expediente 120/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bargue And Boat, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en representación de la entidad «Incargo, S.L.U.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de las Palmas el 1 de abril de 2013 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 socia y titular de más del 5% del capital social de «Bargue And Boat, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que quien suscribe la instancia carece de capacidad para instar el nombramiento, dado que solo aporta para acreditar su legitimación una copia de poder general para pleitos, en el que no se establece de forma expresa la facultad de instar este tipo de procedimientos. 2.º) Que la solicitud es extemporánea al haberse presentado el 1 de abril de 2013 y, por tanto, una vez transcurrido el plazo de 3 meses contados desde el cierre del ejercicio social que es el 31 de diciembre de cada año. 3.º) Que resulta falto de rigor el haber ocultado que la sociedad, aún no estando obligada a la verificación contable, ha nombrado auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de Las Palmas, con fecha 24 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo que el firmante de la instancia está facultado para actuar en nombre y representación de la entidad mercantil «Incargo, S.L.U.» en base al poder que le concedió dicha entidad mercantil, lo que se acredita mediante la escritura de poder general para pleitos, autorizado por el Notario de Madrid, don ….., bajo el núm. 747 de su protocolo, poder que le habilita para, entre otros actos, comparecer en un Registro Público y solicitar toda clase de expedientes en nombre de su representada como puede ser el nombramiento de un auditor de cuentas. Respecto al segundo aportado del escrito de oposición señaló que conforme al artículo 5 del Código Civil si los plazos están designados por meses o años se computarán de fecha a fecha, en el caso presente siendo el día 31 de marzo de 2013 inhábil, el plazo quedó prorrogado al primer día hábil siguientes, es decir, el 1 de abril, con lo cual la solicitud no es extemporánea. Por último, en cuanto a la alegación de existir nombrado un auditor voluntario, señaló que éste solo puede enervar el derecho del socio si reúne dos condiciones, a saber: 1) que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. 2) 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 han acreditado ninguna de las dos condiciones exigidas y no se ha llegado a garantizar al socio su derecho al informe de auditoría.

IV

Contra dicha resolución don ….. 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 El presente recurso plantea diversas cuestiones sobre las que este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente. En primer lugar, en orden a la acreditación de la legitimación de la entidad mercantil solicitante, esta deriva de la inscripción núm. 1.ª practicada en la hoja abierta a la sociedad que recoge su escritura fundacional de la que resulta que su participación en el capital social representa un porcentaje superior al 5% legalmente exigido para el ejercicio del derecho.

2.º En segundo lugar, en orden a la capacidad de quien firma la instancia, en contra de lo que entiende el recurrente, cabe señalar que la entidad mercantil solicitante no siempre precisa de sus administradores para realizar actuaciones con trascendencia en la vida jurídica, pues puede conferir apoderamientos con el alcance que estime oportunos a terceras personas que no tiene por qué estar relacionados con el órgano de administración social. Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que la sociedad «Incargo, S.L.U.», socia minoritaria, otorgó un poder general para pleitos a don ….., firmante de la instancia, que le faculta para iniciar en nombre y por cuenta de su representada, cualquier tipo de procedimientos ante jueces y órganos de la administración de justicia, así como ante las autoridades y funcionarios de cualquiera de las administraciones públicas, entre los que se encuentra el de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas, por ser éste el funcionario público competente designado en el Reglamento del Registro Mercantil para tramitar y resolver en primera instancia este procedimiento.

3.º Sobre el carácter extemporáneo o no de la solicitud, también se ha pronunciado este Centro Directivo manteniendo que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que sujeta el ejercicio del derecho al plazo improrrogable de tres meses contados desde el cierre del ejercicio económico inmediatamente anterior, debe ponerse en relación con el artículo 48.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, supletoria en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas de las normas específicas del Reglamento del Registro Mercantil, el cual dispone de manera taxativa que cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente, lo que supone, en este caso concreto, que siendo domingo el último día de vencimiento del plazo para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, éste quedó automáticamente prorrogado al primer día hábil siguiente en dicha Comunidad Autónoma que fue el 1 de abril.

4.º Tampoco puede prosperar la pretensión de la sociedad de enervar el derecho del solicitante sobre la base de una auditoría voluntaria, puesto que si bien es cierto que este Centro Directivo ha mantenido 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, mediante un informe de las cuentas anuales, realizado por un experto independiente que les permita conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa y que no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, no es menos cierto que siempre ha exigido 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, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que, no es suficiente para acreditar la existencia de una auditoría voluntaria, un documento privado emitido sin fecha fehaciente por la propia sociedad afectada comunicando que entreguen a los auditores de «Espaudit Gabinete de Auditoría, S.L.» una descripción de posibles litigios y de cantidades pendientes de cobro. Además de no haberse acreditado la existencia de una auditoría previa tampoco se ha garantizado el derecho del socio minoritario al informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2012, ya que no se ha inscrito en el registro mercantil dicho nombramiento, ni se ha facilitado al socio el informe de auditoría, ni tampoco se ha aportado al expediente.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador solidario de «Bargue And Boat, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Las Palmas el 24 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Las Palmas.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (9.ª)

En el expediente 121/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Safor Alfombras, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia el 2 de abril de 2013 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 «Safor Alfombras, S.L.» el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su Administrador Único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en esencia, que el solicitante es administrador solidario de la compañía, siendo él quien llevaba toda la gestión administrativa de la empresa y quién coordinaba y supervisaba la actividad de los distintos asesores.

III

El Registrador Mercantil núm. 5 de Valencia, por Resolución de 18 de abril de 2013, acordó desestimar la oposición de la sociedad, por entender que la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador mancomunado 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 durante la totalidad del ejercicio social (Administrador Único o administrador mancomunado) pues 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. Respecto del conocimiento que el peticionario ostenta del ejercicio que reclama, información y auditoría son derechos distintos aunque complementarios por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. La solicitante lo que pretende es que las cuentas sean examinadas por un auditor independiente a fin de que emita al respecto el correspondiente informe.

IV

Contra dicha Resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que el fundamento de derecho relativo a que el solicitante fue administrador mancomunado de la compañía solo se sostiene a nivel teórico, pues actuaba como verdadero único de la sociedad, bien tomando las riendas de los asuntos, bien influyendo en las decisiones de los administradores. 2.º) Que la Sentencia de la Sala 1.ª del tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998 define al administrador de hecho como aquel que ejerce un poder de dirección y gestión similar al que comúnmente incumbe al administrador solidario o al Administrador Único. 3.º) Que puede aportar los medios de prueba que se consideren oportunos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 42 del Código de Comercio, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2005 y, como más recientes, la de 9 de diciembre de 2008 y la de 21 de abril de 2009.

1.º La primera cuestión que platea el presente recurso se centra en determinar si el socio que ostentó la condición de administrador mancomunado de la compañía puede o no solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas anuales del último ejercicio vencido.

Sobre esta cuestión, este Centro Directivo ha mantenido que el hecho de que el socio minoritario ostente la condición de administrador social no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, propietario de un porcentaje de capital social no inferior al 5%. Esto solo ocurriría si durante el ejercicio económico para el que solicita la auditoría hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ostentado la administración solidaria, porque en este último caso, habría podido contratar por si mismo los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración.

En el caso presente, no concurre el supuesto de hecho definido en la doctrina de esta Dirección General como generador de esta incompatibilidad, pues aun cuando el solicitante llevara el control de la gestión de la empresa y la coordinación de sus asesores, existe un hecho objetivo y es que por sí mismo no pudo contratar los servicios de un auditor de cuentas, dado que para realizar esta contratación habría tenido que concurrir con los demás administradores mancomunados *(cfr.* art. 1.692 del Código Civil).

2.º El conocimiento que haya tenido de la contabilidad y de la situación financiera de la empresa es plenamente compatible con el ejercicio del derecho a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas, dado que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….. Francisco Peris Tur, Administrador Único de «Safor Alfombras, S.L.», contra la Resolución dictada por la Registradora Mercantil núm. 5 de Valencia el 18 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 5 de Valencia.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (10.ª)

En el expediente 122/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «García & Ávila Abogados, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Albacete el 27 de marzo de 2013 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 «García & Ávila Abogados, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2012.

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 transmitió todas sus participaciones sociales el día 20 de octubre de 2010.

III

El Registrador Mercantil de Albacete, con fecha 10 de abril de 2013, 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. Respecto a la legitimación del solicitante basta con que aporte un principio de prueba por escrito para entenderla acreditada, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por si sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende. En el caso presente, el solicitante manifiesta ser propietario del 50% del capital social, siendo así que, según los datos registrales que consta en la hoja abierta a la sociedad, el peticionario de la auditoría ostenta la propiedad del citado número de participaciones que le legitiman para ejercitar el derecho. Esta legitimación no está desvirtuada por la sociedad que se ha limitado a negar su condición de socio sobre la base de la manifestación y certificación del administrador que hacen referencia a una venta realizada el 20 de octubre de 2010 pero sin reseñar ni acreditar la escritura pública que documenta la venta, en virtud de la cual se produjo la transmisión. 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 pérdida de la condición de socio.

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, resumidamente 1.º) Que la solici-

tud carece de causa o razón de pedir. 2.º) Que la certificación del administrador de la sociedad tiene valor probatorio, siendo así que en el caso presente ha emitido una declaración de ciencia, tal como se deduce del artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º) Que, en contra de lo que el Registrador Mercantil entiende, el documento público se exige como medio «ad solemnitatem», siendo el negocio transmisivo válido y perfecto sin necesidad de que esté documentado.

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 La primera cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si la 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 –artículo 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 la solicitante un principio de prueba: las escritura de constitución de la sociedad, autorizada por el Notario de Albacete, don ….. bajo el núm. 700 de su protocolo, inscrita en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil (arts. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil), sin que la sociedad, por su parte, haya aportado prueba alguna demostrativa de que hubiera perdido su condición de socio, dado que para desvirtuar la legitimación que resulta del Registro debe aportar un documento público del que resulte la pérdida de la propiedad de las participaciones sociales que invoca, tal como exige el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital.

En definitiva, las alegaciones de la recurrente intentan trasladar a la peticionaria de la auditoría la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni

reglamentariamente, olvidando que ésta ya ha demostrado, al menos, que fue socio y, bajo su responsabilidad, que sigue siéndolo en la actualidad. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar –y no lo ha hecho– que la socia ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que esta legitimada para solicitar la auditoría.

En contra de lo que entiende, el valor probatorio atribuido al certificado del administrador social se circunscribe a la certificación de actas y de los acuerdos de los órganos colegiados de las sociedades mercantiles, en ningún caso tienen valor ni «ad solemnitatem» ni «ad probationem» para acreditar la transmisión de participaciones sociales, ni la constitución de derechos reales sobre las mismas. Por el contrario esta valor sí lo atribuye la ley al documento público, que en el presente expediente el recurrente debió adjuntar a su escrito de interposición del recurso para probar que, efectivamente, la solicitante dejó de ser socia de la compañía.

2.º Tampoco pueden prosperar sus alegaciones relativas a la inexpresión de la causa de la petición pues, como también ha mantenido este Centro Directivo 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 argumenta 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 núm. 2 del mismo artículo.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto don ….., Administrador Único de «García & Ávila Abogados, S.L.», contra la Resolución dictada por la Registradora a Mercantil de Albacete de 10 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil Albacete.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (11.ª)

En el expediente 123/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Borges y Chinea, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil Santa Cruz de Tenerife el 18 de marzo de 2013 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 «Borges y Chinea, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. Aportaba a su escrito copia del testamento otorgado por su padre, don ……, en Santa Cruz de Tenerife el 24 de junio de 1981 y autorizado por el Notario de dicha localidad don José María García Leis; copia del testamento otorgado por su madre, doña ….., autorizado por el Notario de dicha localidad, don Juan José Esteban Beltrán, en sustitución de don Alfonso Manuel Cavallé Cruz, bajo el núm. 1.724 de su protocolo; copia del certificado literal de defunción de su madre.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, resumidamente: 1.º) Falta de legitimación de la solicitante, puesto que de los documentos adjuntos a su instancia resulta que, al no haber procedido a la partición de la herencia de sus padres, existe una herencia indivisa que ni siquiera ha sido aceptada. 2.º) No es cierto que la sociedad no haya convocado a los socios a la Junta general, puesto que el representante de la sociedad está dispuesto a acreditar documentalmente la celebrada el 26 de julio de 2012, en la que los asistentes ya conocían las cuentas debidamente depositadas del ejercicio 2011 y nada objetaron sobre ellas. 3.º) Que del mismo modo se ha procedido a la legalización de los libros del ejercicio 2012, que en su día será sometido a la aprobación de la Junta General que se convocará antes del 20 de julio de 2013. 4.º) Que la solicitud formulada por la solicitante obedece a motivos personales y espurios. 5.º) Que el esposo de la solicitante, don ….. tiene acceso físico a la sede la entidad, pudiendo conocer a través de él cual es la marcha de la empresa y, además ha sido Apoderado de sus padres. 6.º Que en ningún momento de ha conculcado el derecho de información de los socios.

III

El Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 10 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que ha quedado probada la legitimación de la solicitante por tratarse de una comunidad hereditaria, mantuvo que ha aportado un principio de prueba por escrito –los testamentos de sus padres– lo que significa forma parte de una comunidad hereditaria titular de las participaciones sociales que invoca y como tal puede ejercitar el derecho de auditoría, puesto que a través de él ejercita un derecho de gestión y administración, que no de disposición (Resolución de 8 de noviembre de 2005).

En cuanto a las restantes alegaciones del punto B) no se encuentra entre las causas de oposición que recoge el artículo 354, apartado 2.º 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 de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición 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 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.

1.º Procede confirmar por ajustado a derecho el fundamento de la Resolución adoptada por el Registrador Mercantil. 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 ha adquirido junto con otros miembros de la comunidad hereditaria, la titularidad de más del 5% del capital social. La sociedad, por su parte, no ha aportado prueba alguna que desvirtúe dicho principio de prueba, puesto que, en contra de lo que entiende, 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 heredera –como lo ha hecho– para que, como miembro de esa comunidad hereditaria titular de las acciones, pueda solicitar la auditoría, dado que se trata de un acto de gestión dirigido a obtener un informe de auditoría que verifique si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa.

2.º Por lo demás señalar que es indiferente a efectos del ejercicio del derecho del que se viene hablando la relación personal y/o familiar de la solicitante con un Apoderado de sus causahabientes, aunque este ultimo conozca minuciosamente la situación de la sociedad, puesto que está ejercitando un derecho que le corresponde por su condición de socia, coheredera de las acciones que sus padres tuvieron en la compañía. Dicho en otros términos, el conocimiento que la solicitante tenga de la situación de la empresa es plenamente compatible con el derecho a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º Para concluir, se ha de señalar que las motivaciones que la sociedad le atribuye no pueden enervar su derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas, puesto que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide examinar dichas motivaciones, dado 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 pueden presumirse nunca. Quienes se sientan perjudicados por la actuación supuestamente maliciosa siempre tendrán expedita 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 «Borges y Chinea, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife de 10 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (12.ª)

En el expediente 124/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Estopi, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 25 de marzo de 2013 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 44'89% del capital social de «Estopi, S.A.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ……, se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante no expresa la causa que justifique su petición. 2.º) Que tiene acceso a toda la información financiera y contable de la empresa, sin necesidad de acudir al nombramiento registral de auditor de cuentas. Sin embargo, no consta que la solicitante se haya dirigido a la administración de la sociedad. 3.º) Que es necesario tener en cuenta el perjuicio económico para la empresa, dado que la sociedad es una pequeña entidad con un giro anual de pequeña cuantía. 4.º) Que la solicitante está abusando de un derecho que le confiere la ley, haciendo un ejercicio antisocial del mismo.

III

El Registrador Mercantil núm. 16 de Barcelona, con fecha 12 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que la solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo, respecto de la inexpresión de la causa de la solicitud que, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 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 (en este sentido pueden verse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio y 7 de octubre de 2010, entre otras). Sobre el acceso a toda la información social, tanto contable como de cualquier otro tipo al que, según lo alegado por la sociedad, tiene la solicitante, y del propósito expresado por la misma relativo a que siempre que la Sra. ….. se dirija a la compañía se le informará sobre todo aquello que fuere necesario, como accionista de la misma que es, en virtud de los derechos que le vienen conferidos por las leyes; cabe decir, tal y como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, 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 pre-

senten 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. Con independencia de que la sociedad nunca haya negado información a la solicitante, el derecho que tienen los socios a solicitar auditor es distinto al de información y examen de las cuentas, pues los derechos de información y auditoría son por tanto derechos que, aunque complementarios, resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. Respecto a la manifestación de que la solicitante nunca se haya dirigido al órgano de administración social para obtener información, el Registrador Mercantil mantuvo que ni la ley ni el reglamento exigen como requisito previo el ejercicio del derecho de información para poder solicitar y obtener un auditor designado por el Registrador Mercantil. En cuanto a la alegación de que la sociedad es una pequeña empresa con escaso giro anual y sin apenas actividad, señaló que esta manifestación tampoco representa ningún obstáculo a la solicitud, dado que la solicitante del presente expediente ha optado por ejercer el derecho que le concede el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y lo que el legislador ha querido, y así lo señala expresamente el citado artículo 265.2, sin que quepa margen interpretativo alguno, es 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,. Por último, tampoco puede prosperar la alegación sobre el posible ejercicio abusivo del derecho pues, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(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 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 resolucio-

nes 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, 3 de mayo de 2009 y 19 de noviembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta Resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. Sobre la primera cuestión planteada relativa a la causa de la petición 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 argumenta 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 núm. 2 del mismo artículo.

2.º El no ejercicio del derecho a la información por parte de la solicitante, en absoluto condiciona el que puede hacer de otros derechos como es el de la verificación de la contabilidad social por auditor de cuentas, pues 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.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 de la sociedad, dado que este 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 presumirse nunca, quienes se sientan perjudicados por la actuación supuestamente maliciosa tienen expedita la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

4.º Por último, en cuanto a alegación sobre las dificultades económicas de la sociedad para costear los gastos de la auditoría, no puede enervar el derecho de la socia minoritaria al nombramiento registral de auditor pues, como ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en representación de «Estopi, S.A.», contra la Resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. 16 de Barcelona el 12 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 16 de Barcelona.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (13.ª)

En el expediente 126/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Promociones Campello Dos Mil Uno, S.L.».

HECHOS

I

Don …..y don …… presentaron un escrito en el Registro Mercantil Alicante el 28 de febrero de 2013 solicitando, al amparo, del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares cada uno de

ellos del 5% del capital social de «Promociones Campello Dos Mil Uno, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. Aportaba, escritura pública de donación otorgada por don ….., casado en régimen de separación de bienes con doña ….. y autorizada por el Notario de Valencia don Fernando Salvador Camdera, el 23 de noviembre de 2012, bajo el núm. 1.235 de su protocolo.

II

La Registradora Mercantil de Alicante, con fecha de 12 de abril de 2013 acordó estimar la anterior solicitud por entender cumplidos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

Contra dicha Resolución doña ……, como Consejera delegada solidaria de la sociedad, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada contra dicha Resolución, alegando, en esencia: 1.º) Que el nombramiento de auditor de cuentas carece de objeto y la solicitud obedece a maniobras espurias pues los solicitantes, junto con don …… vienen mostrando una actitud obstruccionista con la sociedad, impidiendo su buen funcionamiento. 2.º) Que esta sociedad tiene una estrecha vinculación con la entidad mercantil «Promociones Bianmar, S.L.», dado que una y otra están dedicadas a promociones del mercado in mobiliario, comparten oficinas, domicilio social y socios, conformando ambas sociedades el marco mercantil creado por un mismo entorno familiar. Actualmente, don …… es Presidente del Consejo de Administración de «Promociones Campello Dos Mil Uno, S.L.» 3.º) Que hace aproximadamente cinco meses dicho señor otorgó una donación de participaciones sociales de ambas empresas a favor de sus hijos, lo que le permite a su grupo familiar obstruir la marcha de la sociedad. 4.º) Que don ….. omite el cumplimiento de sus funciones como presidente del Consejo de Administración, entre las que se encuentra la obligación de formular cuentas anuales, a lo cual se ha negado sistemática e injustificadamente. 5.º) Que, por tanto, no existen cuentas que auditar, careciendo de sentido la solicitud de auditoría presentada por sus hijos.

IV

Con fecha de 10 de mayo de 2013, la indicada representación de la sociedad presentó en la Oficina de Correos del Campello un escrito dirigido a esta Dirección General con el fin de que tuviera en cuenta a la hora de resolver el recurso el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante de 18 de enero de 2013.

V

Finalmente, el 16 de julio de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil de Alicante al que adjuntó un escrito firmado por los solicitantes de la auditoría de cuentas de 24 de junio de 2013, renunciando a su petición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91 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 del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar el desistimiento presentado y declarar concluso el procedimiento iniciado a la solicitud de don ….. y don ….. para nombrar auditor de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012 de la entidad mercantil «Promociones Campello Dos Mil Uno, S.L.».

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (14.ª)

En el expediente 127/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Promociones Bianmar, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y don …… presentaron un escrito en el Registro Mercantil Alicante el 28 de febrero de 2013 solicitando, al amparo, del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares cada uno de ellos del 5% del capital social de «Promociones Bianmar, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. Aportaba, escritura pública de donación otorgada por don ….., casado en régimen de separación de bienes con doña Ángela Gregoria Álvarez Fernández y autorizada por el Notario de Valencia don Fernando Salvador Camdera, el 23 de noviembre de 2012, bajo el núm. 1235 de su protocolo.

II

La Registradora Mercantil de Alicante, con fecha de 16 de abril de 2013 acordó estimar la anterior solicitud por entender cumplidos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

Contra dicha Resolución doña ….., como Consejera delegada solidaria de la sociedad, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada contra dicha Resolución, alegando, en esencia: 1.º) Que el nombramiento de auditor de cuentas carece de objeto y la solicitud obedece a maniobras espurias pues los solicitantes, junto con don ….. vienen mostrando una actitud obstruccionista con la sociedad, impidiendo su buen funcionamiento. 2.º) Que esta sociedad tiene una estrecha vinculación con la entidad mercantil «Promociones Campello Dos Mil Uno, S.L.», dado que una y otra están dedicadas a promociones del mercado inmobiliario, comparten oficinas, domicilio social y socios, conformando ambas sociedades el marco mercantil creado por un mismo entorno familiar. Actualmente, don ….. es Presidente del Consejo de Administración de «Promociones Campello Dos Mil Uno, S.L.». 3.º) Que hace aproximadamente cinco meses dicho señor otorgó una donación de participaciones sociales de ambas empresas a favor de sus hijos, lo que le permite a su grupo familiar obstruir la marcha de la sociedad. 4.º) Que don ….. omite el cumplimiento de sus funciones como presidente del Consejo de Administración, entre las que se encuentra la obligación de formular cuentas anuales, a lo cual se ha negado sistemática e injustificadamente. 5.º) Que, por tanto, no existen cuentas que auditar, careciendo de sentido la solicitud de auditoría presentada por sus hijos.

IV

Con fecha de 13 de mayo de 2013, la indicada representación de la sociedad presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante dirigido a esta Dirección General con el fin de que tuviera en cuenta a la hora de resolver el recurso el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Alicante de 18 de enero de 2013.

V

Finalmente, el 16 de julio de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Departamento ministerial un oficio de la Registradora Mercantil de Alicante al que adjuntó un escrito firmado por los solicitantes de la auditoría de cuentas de 24 de junio de 2013, renunciando a su petición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91 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 del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar el desistimiento presentado y declarar concluso el procedimiento iniciado a la solicitud de don ….. y don ….. para nombrar auditor de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012 de la entidad mercantil «Promociones Bianmar, S.L.».

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (15.ª)

En el expediente 118/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hijos de Ildefonso Navarro, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Jaén el 25 de marzo de 2013, 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 «Hijos de Ildefonso Navarro, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su Apoderado, don …..., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que las administradoras mancomunadas procedieron a designar auditor voluntario para el ejercicio 2012 a la empresa «Audibalance, S.L.». Dicho nombramiento figura inscrito en la hoja abierta a la sociedad.

III

La Registradora Mercantil de Jaén, con fecha 22 de abril de 2013, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que los administradores mancomunados don ….. y doña ….., el 26 de marzo de 2012, acordaron nombrar auditor de cuentas a «Audibalance, S.L.», cuyo representante aceptó el nombramiento mediante escrito de 27 de marzo de 2012, con firmas notarialmente legitimadas ese mismo día, con todo lo cual se cumple la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado para que el nombramiento voluntario de auditor enerve el derecho del socio minoritario, esto es: *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.

IV

Contra dicha Resolución la solicitante de la auditoría de cuentas, doña ….. Escudero, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegado, en esencia: 1.º) Que tiene derecho a solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, dado que la sociedad no está obligada a la verificación contable y ostenta la propiedad de más del 5% del capital social, habiendo solicitado el nombramiento en el plazo de tres meses del cierre del ejercicio a auditar. 2.º) Que no se han presentado las cuentas de los ejercicios 2010, 2011 y 2012 para su aprobación por la Junta general, por o cual se siente en una absoluta indefensión. Para ser más exactos, las cuentas del ejercicio 2010 las presentaron y aprobaron sin hacer la auditoría de cuentas que la Junta General acordó por mayoría, motivo por el cual el Juzgado declaró la nulidad de los acuerdos sociales, cancelando el depósito de las cuentas de dicho ejercicio por sentencia 163/2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 y de Jaén, publicada en el «BORME de 19 de abril de 2013». 3.º) Que el administrador mancomunado don …… carece de legitimación para nombrar auditor de cuentas de forma unilateral, sin haber convocado previamente a la Junta y sin someterlo a votación.

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 plantea el presente recurso: La de determinar si, en las sociedades no sujetas por ley a la obligación de verificación contable, el

órgano de administración social pude contratar los servicios de un auditor de cuentas.

Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido, en aplicación del artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital, que en las sociedades que pueden presentar las cuentas en el Registro Mercantil de forma abreviada, el órgano de administración social está plenamente facultado para contratar los servicios de un auditor de cuentas, si lo creé conveniente para el desarrollo de la empresa, dado que al ser la naturaleza jurídica de esta contratación la propia de un acto de gestión y administración, está habilitados para ello, sin necesidad de contar con el acuerdo previo de la Junta general de socios.

Las normas sobre competencia y plazos establecidos en el precitado artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital solo son imperativas para las sociedades que deben presentar sus cuentas anuales y el informe de gestión verificados por un auditor de cuentas, es decir, aquellas que no pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas de forma abreviada, lo cual no ocurre en el caso presente.

2.º Por lo demás señalar, en relación con la alegación de indefensión que dice padecer la interesada, que su derecho al informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2012, que es el objeto de su petición, ha quedado garantizado en este expediente mediante la inscripción del nombramiento de auditor en la hoja abierta a la sociedad, de tal manera que si no se presentan en el Registro Mercantil las cuentas correspondientes a dicho ejercicio económico verificadas por el auditor de cuentas que consta en la inscripción 28.ª) no se practicará el depósito de las mismas, quedando cerrado el registro mercantil para actos posteriores que precisen inscripción, en los términos establecidos en el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ……, solicitante de la auditoría de cuentas para la sociedad «Hijos de Ildefonso Navarro, S.A.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Jaén el 22 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (16.ª)

En el expediente 129/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Carpintería Cubedo, S.L.».

HECHOS

I

El despacho de abogados «Martinez & Esbrí, S.L.P.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Castellón el 28 de marzo de 2013 firmado por don ….. en el que solicitó, al amparo del artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular del 8,29% de los capital social de «Carpintería Cubedo, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don …… y don …..., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que el Registro Mercantil solo ha dado traslado de la instancia presentada y no de los documentos adjuntos a ella. 2.º) Que no reconoce la firma de don ……, por ser distinta a la que aparece en la documentación de la empresa.

III

A la vista del anterior escrito, el Registrador Mercantil de Castellón requirió al solicitante, con fecha de 16 de abril de 2013, para que compareciera en el Registro Mercantil. En cumplimiento de dicho requerimiento, el día 25 de abril de 2013, compareció don Vicente Esbrí Portales, en nombre y representación de don ….., lo que acreditó mediante copia de escritura de poder autorizada por el Notario de Morella, don José Juan Llobregat Vayá, el 23 de abril de 2013, bajo el núm. 120 de su protocolo. Manifestó la imposibilidad de su representado de comparecer personalmente por encontrarse fuera de su domicilio. En dicha comparecencia aportó copia de la escritura de donación otorgada a favor de su representado por don ….., autorizada por el Notario de Nules don Fernando Marquez Lerga, el 24 de abril de 2008, bajo el núm. 728 de su protocolo, acreditativa del porcentaje de participación del solicitante en el capital social, superior al 5% de éste.

IV

El Registrador Mercantil de Castellón, con fecha 30 de abril de 2013, acordó desestimar la oposición de la sociedad por reunir el solicitante las circunstancias de capital y tiempo que la Ley exige. Mantuvo que conforme al artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil, la instancia habrá de acompañarse «en su caso» de los documentos acreditativos de la legitimación del socio, de lo que se desprende la capacidad de optar por la presentación de tales documentos que, en el caso presente, no ha aportado. Es la sociedad la que debe negar la

legitimación en virtud del libro registro que obra en su poder y no en virtud de la documentación complementaria que aporte el socio, lo que tampoco lleva a efecto la sociedad, entendiendo, por tanto, que el solicitante si tiene legitimación para ejercitar el derecho. Para más abundar, en la comparecencia del representante del solicitante, éste aportó la documentación que se acompaña a la presente. Resulta además del Registro que el solicitante, don ….., es titular de 95 participaciones sociales de las 380 en que se di*vide* el capital social.

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 que el 14 de mayo de 2013 el representante de don ….. les comunicó que tenía instrucciones expresas de su cliente para renunciar a su petición. Finalizó manteniendo que la solicitud no expresaba la causa de la petición.

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, 21 de mayo de 2007, 22 de octubre de 2010 y 14 de junio de 2012.

1.º La primera cuestión que plantea el expediente en estudio es la relativa la supuesta falta de autenticidad de la firma del solicitante. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido en numerosas resoluciones que el Reglamento del Registro Mercantil al regular este procedimiento, 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, sino que basta que conste claramente el nombre y apellidos y que haya sido firmado por el solicitante. En el caso presente don ….. ha acreditado su capacidad para actuar en nombre y por cuentas del socio minoritario de la compañía ante Jueces y Tribunales del Poder Judicial y autoridades y funcionarios de las Administraciones públicas, mediante la exhibición de la escritura de poder general autorizada por el Notario de Morella, don José Juan Llobregat Vayá, el 23 de abril de 2013, bajo el núm. 120 de su protocolo y, asimismo, que la voluntad del socio minoritario es que se verifiquen las cuentas del ejercicio 2012.

2.º Sobre la inexpresión de la causa de la petición, 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 núm. 2. del mismo artículo.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don Juan José Cubedo Sánchez, en representación de «Carpintería Cubedo, S.L.», contra la Resolución dictada por el Registrador Mercantil de Castellón el 30 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Castellón.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (17.ª)

En el expediente 130/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Construcciones Eléctricas Setabenses, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia el 2 de abril de 2013 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 socia y titular de más del 5% del capital social de «Construcciones Eléctricas Setabenses, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que la solicitud es extemporánea al haberse presentado el 1 de abril de 2013 y, por tanto, una vez transcurrido el plazo de 3 meses contados desde el cierre del ejercicio social que es el 31 de diciembre de cada año. 3.º) Que la sociedad se encuentra en situación de concurso de acreedores voluntario.

III

El Registrador Mercantil de Valencia, con fecha 18 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Mantuvo que, en primer lugar si el ejercicio se cierra con el año natural, esto es, el 31 de diciembre, el plazo para presentar la solicitud finaliza a las veinticuatro horas del 31 del marzo siguiente, a menos que, como ocurre en el supuesto de este expediente, el día fuera inhábil, en cuyo caso habría de entenderse prorrogado al primer día hábil siguiente siendo en este caso el 2 de abril de 2013 y estando la solicitud por tanto presentada dentro de plazo. (RDGRN 4-4-1995 y concordantes). Respecto a la situación de concurso voluntario en que se encuentra la sociedad, que la razón de la procedencia de la auditoría deriva de la subsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad, puesto que ésta no se extingue hasta que su cancelación sea inscrita en el Registro. Además porque intervención y auditoría cumplen finalidades diferentes y son por ello perfectamente compatibles (RDGRN 13-1-2005 y concordantes).

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 El presente recurso plantea dos cuestiones sobre las que este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente. En primer lugar, sobre el carácter

extemporáneo o no de la solicitud, esta Dirección General ha mantenido que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que sujeta el ejercicio del derecho al plazo improrrogable de tres meses contados desde el cierre del ejercicio económico inmediatamente anterior, debe ponerse en relación con el artículo 48.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, supletoria en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas de las normas específicas del Reglamento del Registro Mercantil, el cual dispone de manera taxativa que cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente, lo que supone, en este caso concreto, que siendo domingo el último día de vencimiento del plazo para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, éste quedó automáticamente prorrogado al primer día hábil siguiente en dicha Comunidad Autónoma que fue el 2 de abril, por ser el día 1 de abril también un día festivo.

2.º En segundo lugar el hecho de que la sociedad se encuentre en situación de concurso de acreedores no impide el ejercicio del derecho reconocido a los socios minoritarios por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, toda vez que la declaración del concurso no supone la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad, 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). El informe que debe evacuar el administrador concursal es plenamente compatible con el informe del auditor de cuentas nombrado por el Registrador Mercantil, dado que éste último se centrará, exclusivamente, en verificar si las cuentas correspondientes al ejercicio 2012 reflejan la verdadera situación patrimonial y financiera de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., representante de «Construcciones Eléctricas Setabenses, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Valencia el 18 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (18.ª)

En el expediente 131/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Café Moai, S.L.».

HECHOS

I

Don …., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 22 de marzo de 2013 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 mas del 5% del capital social de «Café Moai, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2012. Adjuntó a su escrito copia de la escritura de constitución de la sociedad, autorizada por el Notario de Benidorm, don Angel Manuel Puras Ripollés, bajo el núm. 13 de su protocolo notarial.

II

La sociedad, a través de su representante, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Falta de legitimación del solicitante por carecer de la condición de socio, dado que transmitió todas sus participaciones sociales. 2.º) El 11 de abril de 2013 ha sido notificada el procedimiento de ejecución de títulos judiciales núm. 643/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Benidorm, en el que el solicitante es parte ejecutada. En dicho Auto consta, literalmente: «Acuérdese el embargo de derechos del contrato privado celebrado entre Miguel Ángel García Marvizón y María del Mar Montes Gámez de fecha 7 de mayo de 2010, así como el embargo del 50% de las participaciones de la entidad mercantil «Café Moai, S.L.» que obran bajo la titularidad del ejecutado».

III

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 17 de abril de 2013, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado, manteniendo, en esencia, que el embargo de participaciones sociales del socio no limita el ejercicio del derecho del socio que ostenta como titular de las mismas. Las causas de oposición por parte de la sociedad son las que taxativamente señala el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil. En el caso presente la sociedad se limita a acreditar que las participaciones sociales del socio están embargadas, sin aportar ningún principio de prueba en contra de la titularidad que el mismo alega como causa de legitimación del peticionario.

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. Añade, en síntesis, que, el contrató privado suscrito entre ella misma y el solicitante de la auditoría de cuentas supone la transmisión formal de sus participaciones sociales y que su solicitud obedece a motivos espurios.

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, 15 de octubre de 2004, la de 19 de octubre de 2007 y como más reciente 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 –artículo 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, del artículo 133 que se remite al artículo 132.1 de la Ley de Sociedades de Capital se deduce claramente que el embargo de participaciones sociales del socio no supone en modo alguno la pérdida de la propiedad de las mismas, ni de los derechos económicos y políticos que de ellas se derivan y que corresponden a su titular.

Del mismo modo, del artículo 106 de la ley de Sociedades de Capital se desprende la exigencia de que la transmisión de participaciones sociales conste en documento público y por ello el contrato privado aportado por la representante de la sociedad no es un medio de prueba valido para acreditar la pérdida de la legitimación del socio, declarada por el Registro Mercantil en el que consta inscrita la escritura de constitución de la sociedad *(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 doña María del Mar Montes Gámez, en nombre y representación de «Café Moai, S.L.», contra la Resolución dictada por el Registrador Mercantil de Alicante el 17 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (19.ª)

En el expediente 132/2013 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Reprografía Zoco 16, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 27 de marzo de 2013 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como socia de «Reprografía Zoco 16, S.L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de don ….., en su condición de Administrador Único, se opuso a dicha pretensión negando la legitimación a la solicitante de la auditoría, en base al pertenecer el 100% del capital social a la sociedad de gananciales formada por la solicitante y por él mismo, por lo que hasta que la sociedad no se liquide no puede ejercitar los derechos del socio. Añadió que la presentación de la solicitud obedece a motivaciones espurias.

III

El Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid, con fecha 20 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado. Mantuvo que de los archivos del Registro resulta que doña ….. adquirió 250 participaciones sociales en estado de casada con don Pedro García Comendador, quien adquirió las otras 250 participaciones representativas del capital social, lo que supone un principio de prueba de la legitimación de la solicitante al regirse el matrimonio por el régimen legal de gananciales, régimen que el propio administrador alega en su escrito de oposición para desvirtuar la legitimación de la solicitante, al considerar que el cien por cien del capital social pertenece a la sociedad de gananciales y ésta no se ha liquidado. En cuanto a ello, constando el

carácter ganancial de las participaciones, procede reiterar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, declarando que efectivamente esta legitimado cualquiera de los miembros de la sociedad de gananciales para realizar actos de gestión y administración de dicha sociedad de gananciales, ya que ésta es la naturaleza que debe atribuirse a la acción de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor, máxime cuando, como en este caso, cada uno de los cónyuges se atribuye un número de participaciones sociales concretas (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de abril de 1997, 21 de diciembre de 1998, 24 de junio y 26 de septiembre de 2002, 20 de enero y 28 de septiembre de 2004, 25 de mayo de 2007 y 27 de noviembre de 2008, entre otras) La manifestación del administrador relativa a que la solicitud –se ha planteado «ante la inminencia del juicio contencioso y con la única finalidad de perjudicar aún más la maltrecha situación económica tanto de la compañía como la de su administrador, no puede ser considerada como causa de oposición, primero porque la buena o mala fe del solicitante, el abuso de derecho o la competencia desleal no son cuestiones apreciables en este expediente. Según ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en diversas resoluciones, la posible finalidad maliciosa no le priva de ejercitar su derecho, señalando que resulta imposible examinar 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 legitimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe *(cfr.* art. 7 del Código Civil) y no ampara, por el contrario, el abuso del 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 sólo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil *(cfr.* art. 1.902 del Código 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 el artículo 1.384 del Código Civil no atribuye la titularidad de las participaciones sociales al cónyuge a cuyo nombre figuren las acciones de naturaleza ganancial, de tal manera que se trata de una norma de protección de tráfico jurídico que da validez a los actos de administración realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren para corregir las consecuencias que se podrían derivar de la rígida aplicación del principio de cogestión. En aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta hasta que no se hayan adjudicado las participaciones sociales, éstas no pertenecen individualmente a ninguno de los cónyuges.

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 y 17 de mayo de 2007.

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.

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 –artículo 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, en contra de lo que entiende el recurrente, tras la disolución de la sociedad de gananciales se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad post-ganancial, en tanto no se proceda a su 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.

Como quiera que 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, cualquiera de los miembros de la sociedad post-ganancial puede ejercitarlo.

2.º En cuanto a las intenciones que la sociedad atribuye a la solicitante, se ha de recordar la doctrina mantenida 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 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 de don ….., en su condición de Administrador Único de «Reprografía Zoco 16, S.L.», y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid de 20 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (20.ª)

En el expediente 133/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Previges, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en la Oficina de Correos el 27 de marzo de 2013 con entrada en el Registro Mercantil de Madrid el 1 de abril de 2013 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 68 participaciones, representativas de más del 5% del capital social de la entidad mercantil «Previges, S.L.», la designación de un auditor para el examen de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través del Secretario del Consejo de Administración, don ….. y don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando: Que la sociedad nombró auditor de cuentas en la Junta general de 25 de junio de 2010 a don ….., como titular y a don ….., como suplente, constando debidamente inscritos en el Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil núm. 15 de Madrid, con fecha 19 de abril de 2013, tras señalar que el socio minoritario reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, resolvió admitir la oposición de 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 recayó en el auditor de cuentas don ….. y como suplente en don ….., para verificar las cuentas anuales de los ejercicios 2010, 2011 y 2012 y fue inscrito en la hoja abierta a la sociedad –inscripción núm. 11.ª) el 24 de noviembre de 2010, lo que acredita que el nombramiento de auditor fue previo a la solicitud y garantiza el derecho del socio al informe de auditoría.

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 con fecha de 22 de octubre de 2010 interpuso demanda de nulidad del acuerdo de nombramiento de auditor, adoptado en la Junta General de 25 de junio de 2010 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid. 2.º) Que si el titular de dicho Juzgado de lo Mercantil o la Audiencia Provincial de Madrid acuerdan estimar su pretensión de nulidad de los acuerdos adoptados en dicha Junta General, don ….. no podrá cumplir sus funciones. 3.º) Que en dicha Junta, además de votar en contra del acuerdo, manifestó que el auditor don ….. carece de independencia, dada la relación de amistad que le une con don ….. 4.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. sin embargo, nunca llegó a tener el informe de auditoría, porque, según manifestó por carta el representante de la firma auditora, la sociedad no le entregó las cuentas debidamente formuladas.

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 Capi-

tal 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, la sociedad ha acreditado ambas condiciones, 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 voluntario 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 27 de marzo de 2013. 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 «Previges, S.L.», contra la Resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. 9 de Madrid el 19 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 9 de Madrid.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (21.ª)

En el expediente 135/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Codestia, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 27 de marzo de 2013 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 «Codestia, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través del Presidente del Consejo de Administración, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que se trata de una sociedad no obligada legalmente a auditar sus cuentas. El solicitante ha tenido toda la información de la empresa y siempre ha sido citado en legal forma a las reuniones celebradas, además forma parte del Consejo de Administración de la compañía y ha optado por no comparecer a dichas reuniones. 3.º) Que como bien sabe el solicitante, la sociedad carece de fondos para hacer frente a los gastos y honorarios del auditor de cuentas.

III

La Registradora Mercantil núm. 1 de Madrid, con fecha 23 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que las causas alegadas por la sociedad, son cuestiones ya resueltas por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Las sociedades no obligadas a la verificación contable pasan a estarlo cuando lo solicitan un número de socios que representen al menos el 5% del capital social. La falta de medios de la sociedad no es causa apreciable en estos expedientes pues el artículo 265.2 de la ley de

Sociedades de Capital dispone taxativamente y sin dejar margen interpretativo alguno que éstos corren siempre de cuentas de la sociedad. Con independencia de que la sociedad entregue toda la información de la sociedad o que el socio haya tenido acceso permanente a los estados contables y financieros, el derecho a solicitar auditor de cuentas que tienen los socios minoritarios es distinto al de información y examen de las cuentas. En definitiva los derechos de información y auditoría son derechos que, aunque complementarios, resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. (Res. de la DGRN 29 de enero de 2002, 6 de septiembre de 2011, 5 de junio y 22 de agosto de 2012, entre otras).

IV

Contra dicha Resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la 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, 3 de mayo de 2009 y 19 de noviembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta Resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, como indicó la Registradora Mercantil de Madrid, las sociedades no obligadas a presentar sus cuentas anuales verificadas por un auditor de cuentas pasan a estarlo cuando lo solicitan un número de socios que representen al menos el 5% del capital social y ejerciten el derecho que les reconoce el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital.

2.º El conocimiento que el socio tenga de la situación de la empresa y de su contabilidad no impide en modo alguno el ejercicio del derecho a solicitar del Registrador mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, dado que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º Por último, tampoco puede enervar la petición del socio minoritario, las consideraciones que la sociedad realiza en torno a los costes de la audito-

ría 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 ….., Presidente del Consejo de Administración de «Codestia, S.L.» contra la Resolución dictada por la Registradora Mercantil núm. 1 de Madrid 23 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 1 Madrid.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (22.ª)

En el expediente 136/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Air Lar-Group, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en la Oficina de Correos el 1 de abril de 2012, dirigido al Registro Mercantil de Palma de Mallorca, en donde tuvo entrada el 3 de abril de 2013, en el que solicitaba, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como socio y titular de más del 5% del capital social de «Air Lar-Goup, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su apoderada, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que El solicitante, Sr. ….., fue administrador de la entidad hasta él día 14

diciembre 2011, fecha en que fue separado del cargo. Coincidiendo además su domicilio personal con el de la sociedad, resulta palmario que disponía de la totalidad de la documentación de la entidad. Una vez separado del cargo, se le ha solicitado reiteradamente la entrega de dicha documentación –propia de la sociedad– sin que ello haya tenido lugar hasta la fecha. No se acompaña justificación de todo ello porque este no es el foro adecuado para dicha discusión. Pero sí conviene citar tales antecedentes a los efectos de conocer cuál es el propósito que guía su solicitud de una auditoría harto difícil de practicar en tanto el mismo no facilite esa documentación antecedente para una más segura y recta elaboración de las cuentas de la entidad. 2.º) Que, tal y como resulta de las propias Diligencias, el escrito de solicitud de auditor tuvo entrada en el Registro mercantil el 3 de abril de 2013. Cabe recordar que estamos en sede no propia del procedimiento judicial civil por lo que no es de aplicación el artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino ante un plazo puramente civil al que –consecuentemente– es de aplicación lo previsto en el artículo 5 del Código civil. 3.º) Que resulta falto de rigor el haber ocultado que la sociedad, aún no estando obligada a la verificación contable, ha nombrado auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de Palma de Mallorca, con fecha 19 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que concurren en el solicitante los requisitos de capital y tiempo, exigidos por los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, mantuvo, en cuanto a que el solicitante había sido administrador de la sociedad, que, en cuanto a los argumentos relativos a que el solicitante hubiese sido administrador de la sociedad –referido en todo caso a un periodo anterior a aquél para el que se solicita la auditoría–, coincidir su domicilio con el social, disponer de la totalidad de la documentación y que una vez separado del cargo no la haya entregado, así como cuál es el propósito que con su solicitud persigue, debe indicarse que los mismos no tienen acogida en un expediente administrativo como es éste, donde tan solo pueden tomarse en consideración la concurrencia de los presupuestos legales que habilitan el ejercicio del derecho. La falta de buena fe o el ejercicio abusivo del derecho que se ejercita, que proscribe con carácter general el artículo 7 del Código Civil, no pueden resolverse en los estrechos cauces de este procedimiento, sino, al igual que el resarcimiento de los daños y perjuicios a que pueda conducir, a través de los que el ordenamiento jurídico tiene habilitados al efecto. En lo referente al cómputo del plazo legalmente conferido para solicitar el nombramiento registral de auditor, existe abundante y reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, (resoluciones de 7 y 14 de septiembre de 1991, 24 de marzo de 1994 y 4 de mayo de 1995, entre otras posteriores) declarando que si el ejercicio social se cierra con el año natural, esto es, el 31 de diciembre, el plazo para presentar la solicitud, que legalmente es antes de transcurrir tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social –artículo 265.2 de la LSC– finaliza a las veinticuatro horas del 31 de marzo siguiente, a menos que el día fuera inhábil, en cuyo caso habría de entenderse prorrogado al primer día hábil siguiente. En este caso la solicitud de nombramiento se presentó en el Registro el 3 de abril, pero consta el sello acreditativo de su imposición en una oficina de Correos el día 1 del mismo mes, por lo que es esta la fecha que ha de tenerse como de presentación conforme al artículo 38.4.c) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y PAC, y dado que en el corriente año 2013 el 31 de marzo era día festivo, y en esta Comunidad Autónoma también lo era el día 1 de abril, la finalización del plazo se desplaza al inmediato día 2 de abril, y por tanto la presentación de la solicitud ha de tenerse por tempestiva.

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 El presente recurso plantea diversas cuestiones sobre las que este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente. En primer lugar, sobre el carácter extemporáneo o no de la solicitud, este Centro Directivo ha mantenido que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que sujeta el ejercicio del derecho al plazo improrrogable de tres meses contados desde el cierre del ejercicio económico inmediatamente anterior, debe ponerse en relación con el artículo 48.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, supletoria en este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas de las normas específicas del Reglamento del Registro Mercantil, el cual dispone de manera taxativa que cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente, lo que supone, en este caso concreto, que siendo domingo el último día de vencimiento del plazo para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, éste quedó automáticamente prorrogado al primer día hábil siguiente que fue el 1 de abril, fecha en la cual el solicitante presentó su instancia en la Oficina de Correos y que, conforme a lo expuesto, es la que debe tenerse en cuenta para valorar si fue presentada o no dentro del plazo legalmente previsto *(cfr.* art. 38.4 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común)

2.º Tampoco el hecho de que el solicitante haya sido administrador mancomunado durante el ejercicio 2011 puede impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio. Esta incompatibilidad solo se daría su hubiera ejercido durante el último ejercicio económico la administración solidaria –lo que no ha ocurrido– por que en este ultimo caso habría podido 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 *(cfr.* art. 1.692 del Código Civil).

3.º Por último, en cuanto a los propósitos o intenciones que la sociedad atribuye al solicitante, cabe recordar la doctrina mantenida 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 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 puedan presumirse nunca. Quienes se sientan perjudicados por la actuación supuestamente maliciosa, siempre tendrá expedita 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 ….., representante de «Air Lar-Group, S.A.», contra el acuerdo adoptado por Sr. Registrador Mercantil de Palma de Mallorca el 19 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Palma de Mallorca.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (23.ª)

En el expediente 137/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Benidorm Electrónic Festival, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 22 de marzo de 2013 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 «Benidorm Electrónic Festival, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012. Adjuntó a su instancia copia de la escritura de constitución de la sociedad, autorizada por la Notaria de Benidorm, doña ….., el 13 de abril de 2012, bajo el núm. 422 de su protocolo.

II

La Registradora Mercantil de Alicante, con fecha 22 de abril de 2013, resolvió declarar procedente el nombramiento registral de auditor de cuentas, por reunir las condiciones exigidas por los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de capital y 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

Contra dicha Resolución don ….. como Administrador Único de la sociedad afectada por la solicitud, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que la solicitud es absolutamente innecesaria, en cuanto que por la dinámica de trabajo instaurada en la sociedad los socios disponen de un conocimiento exacto y puntual de la contabilidad social, por lo que el derecho de información que le asiste está plenamente garantizado. El mismo día 17 de enero de 2013 se celebró Junta general de la sociedad en la que estuvo presente el solicitante, sin que manifestara su interés en tener un conocimiento exacto de la contabilidad. 2.º) Que la realización de la auditoría implica un importante gasto para la sociedad en un momento en que los gastos se multiplican.

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, 3 de mayo de 2009 y 19 de noviembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta Resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, como ha mantenido reiteradamente este Centro Directivo, 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

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 y perjudiciales, puesto 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 que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre. 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 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por….., Administrador Único de «Benidorm Electrónic Festival, S.L.», contra la Resolución dictada por la Registradora Mercantil de Alicante el 22 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Alicante.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (24.ª)

En el expediente 138/2013 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Bivium, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valladolid el 21 de marzo de 2013 solicitando, al amparo de los artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital

y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil como socio de «Bivium, S.L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2013.

II

La sociedad, a través de su Administrador Único, don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando resumidamente: 1.º) Que el peticionario no ha aportado la documentación acreditativa de su legitimación. 2.º) Que no figura inscrito en el libro registro de socios. 3.º) Que, en el supuesto de existir algún tipo de copropiedad o cootitularidad, se ha de designar a una sola persona que ejerza los derechos del socio.

III

La Registradora Mercantil de Valladolid dio traslado de dicho escrito al solicitante para que alegara lo que estimara conveniente en defensa de su derecho. Lo que así hizo éste mediante escrito de 18 de abril de 2013, en el que manifestó que no se acompañó documento alguno a la petición inicial porque consta inscrita en el Registro Mercantil la escritura de constitución y la petición la realiza como copropietario del 5% del capital social, ya que las participaciones fueron adquiridas vigente la sociedad de gananciales, la cual en la actualidad está pendiente de liquidación.

IV

La Registradora Mercantil de Valladolid, con fecha de 25 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado. Tras comprobar que en la hoja abierta a la sociedad consta en la inscripción 1.ª la escritura de constitución de la que se deduce que el capital social, que asciende a 15.000 euros, aparece dividido en 15.000 participaciones sociales, y, en concreto le corresponden a doña ….., casada en régimen de gananciales con don ….., las participaciones núms. 751 al 6.750, ambos inclusive, por su valor nominal total de 6.000 euros, por lo que, dicha señora ostenta la titularidad de un número de participaciones superior al 5% requerido por el artículo 265,2 de la Ley de Sociedades de Capital. La doctrina que la Dirección General de los Registros y del Notariado mantiene en esta materia no ha pretendido ser especialmente exigente a la hora de requerir que un socio acredite documentalmente su condición de tal. Se trata de determinar si, en el momento de presentar su solicitud, el peticionario era titular de, al menos, el 5% del capital social de la compañía y, en consecuencia, si estaba o no legitimado para formularla. –Así las resoluciones de 27 de abril de 2009 y 18 de mayo de 2012.– El solicitante de la auditoría de cuentas alega el carácter ganancial de las participaciones sociales, lo cual resulta de los propios datos regístrales, indicando asimismo que dicho régimen económico matrimonial se encuentra pendiente de liquidación. 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. 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 cuál es la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa. Esta interpretación en nada obstaculiza las disposiciones contenidas 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 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 del peticionario por no estar inscrito en el libro Registro de socios, la postura que la Dirección General de Registros y Notariado ha mantenido es la de 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–. Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 16 de mayo de 2012.

V

Contra dicha Resolución la indicada representación social interpuso, en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, reiterando, básicamente, los argumentos aducidos en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que en la tramitación del procedimiento se han producido infracción de normas procedimentales, ya que en el escrito de solicitud el peticionario no manifestó que actuara como socio sino poseedor de un número de participaciones sociales. Conforme al artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, la Registradora debió haber reclamado la subsanación de la solicitud y solo después de que esta fuera subsanada, debió dar traslado a la sociedad para que formulara oposición a la misma. En atención a lo expuesto se ha generado indefensión a la sociedad, proscrito por el artículo 24 de la Constitución. 2.º) Que se niega que el solicitante tenga la condición de socio, conforme al artículo 91 y 104 de la ley de Sociedades de Capital. En la actualidad la sociedad solo está formada por dos socios, que son el Administrador Único y doña Nuria Cristina Aguado Martín.

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 Como cuestión previa de carácter formal, cabe señalar, en relación con la invocación del recurrente a la indefensión que ha generado la Registradora Mercantil por realizar el trámite de subsanación y mejora de la solicitud previsto en el artículo 71 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común con posterioridad al traslado de la instancia a la sociedad para que ejercitara el derecho a oponerse a la misma, que si bien es cierto que dicho trámite debió, efectivamente, realizarse en el momento procesal oportuno que fue el previo a la notificación de la solicitud a la sociedad, también lo es que dicho desajuste temporal no ha llegado a generar indefensión a la sociedad en el procedimiento, considerado en su conjunto, puesto que a la vista de la Resolución de la registradora mercantil, el recurrente ha podido alegar lo que ha tenido por conveniente en defensa de sus posiciones en este recurso de alzada que hoy se resuelve, sin que haya formulado ninguna cuestión de fondo diferente a las ya alegadas en el escrito de oposición a la solicitud.

2.º La cuestión de fondo 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. 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 –artículo 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 Valladolid *(cfr.* hechos IV) la condición de socia de doña ….. y su titularidad sobre un número de participaciones sociales, equivalente al 5% del capital social, adquiridas constante el matrimonio y en régimen de gananciales, ha quedado, básicamente, acreditada la legitimación del 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, las sentencias del Tribunal Supremo citadas por la recurrente coinciden en señalar que tras la disolución de la sociedad de gananciales se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad post-ganancial, en tanto no se proceda a su

completa 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 el artículo 126 de la ley de Sociedades de Capital, relativa a la copropiedad de participaciones, 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.

Además de lo señalado en los párrafos 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 104 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 Único de «Bivium, S.L.», y confirmar las Resolución de la Registradora Mercantil de Valladolid de 25 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Valladolid.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (25.ª)

En el expediente 140/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Martín García Obras y Servicios, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito el 30 de marzo de 2013 en la Delegación de Salamanca de la Junta de Castilla León dirigido al Registro Mercantil de Salamanca, en donde tuvo entrada el 2 de abril de 2013 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 «Martín García Obras y Servicios, S.A.» el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta, a través de representante, don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis, que la solicitud fue presentada en el Registro Mercantil fuera del plazo de tres meses establecido en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, dado que la fecha de cierre del ejercicio económico es la de 31 de diciembre de cada año.

III

El Registrador Mercantil de Salamanca, el 9 de abril de 2013, trasladó a la solicitante de la auditoría el escrito de oposición de la sociedad para que alegara lo que tuviera por conveniente en defensa de su derecho. Lo que así hizo mediante escrito de 30 de abril de 2013.

IV

El Registrador Mercantil de Salamanca, con fecha 6 de mayo de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que en el solicitante concurren las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Mantuvo que, según el artículo 38.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de aplicación supletoria a este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, las solicitudes pueden presentarse en cualquiera de los lugares que señala.

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. Añadió que en la copia de la solicitud que le

trasladó el Registrador Mercantil no consta ningún sello ni fecha que justifique lo mantenido por el Registrador en 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 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.

No puede prosperar en esta Resolución la pretensión del recurrente pues, como indicó el Registrador Mercantil, este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas se rige, en todo lo no previsto específicamente en el Reglamento del Registro Mercantil, por 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, permitiendo a los interesados en el procedimiento enviar los que tengan por conveniente al órgano competente para resolverlos presentándolos en cualquiera de los lugares, distintos al de su sede, relacionados en dicho precepto. Por tanto, para valorar si el solicitante reúne la condición temporal exigida por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 2 de abril de 2013.

En el caso presente, de la documentación que consta en el expediente, se deduce que en la instancia que inició el procedimiento consta una fecha y un lugar de presentación que es la de 30 de marzo de 2013, Junta de Castilla-León, Delegación de Salamanca, entrada núm. 20130450002686 y, en consecuencia, fue presentada dentro del plazo de tres meses establecido en los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don ……, administrador de «Martín García Obras y Servicios, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Salamanca el 6 de mayo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Salamanca.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (26.ª)

En el expediente 141/13 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «MDA Servicios de Hostelería, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 26 de marzo de 2013 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 «MDA Servicios de Hostelería, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2012.

II

Trasladada por el Registrador Mercantil dicha instancia a la sociedad, está no formuló oposición al nombramiento de auditor solicitado.

III

El Registrador Mercantil núm. 6 de Madrid resolvió, con fecha 6 de mayo de 2013, desestimar la solicitud formulada por la minoritaria. Mantuvo que el Registrador viene obligado a pronunciarse sobre todas las cuestiones que planteé el expediente con independencia de que se haya ejercitado o no el derecho de la sociedad a oponerse. Es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el derecho del socio a solicitar el nombramiento de auditor de cuentas quedaría enervado en el caso de que hubiera podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor de cuentas, tal y como ocurre en el caso que nos ocupa, al resultar de los archivos del Registro Mercantil que el solicitante ostenta el cargo de administrador solidario de la compañía, según consta en la inscripción núm. 11.ª) de la hoja abierta a la sociedad, practicada el 8 de junio de 2011.

IV

Contra dicha Resolución don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que el hecho de que conste en la escritura de constitución de la sociedad como administrador solidario,

no debe impedir su derecho a obtener del Registrador Mercantil el nombramiento de u auditor de cuentas. 2.º) Que cesó en su cargo de administrador solidario por acuerdo de la Junta general de socios de 20 de marzo de 2013.

V

Finalmente, el 14 de junio de 2013 tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil al que adjuntó un escrito del solicitante de la auditoría, don ….., por el que desistía del recuso de alzada y de la solicitud de nombramiento de auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91 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 el desistimiento al recurso de alzada y a la solicitud de auditoría de cuentas presentados por don ….. y declarar concluso el procedimiento de nombramiento registral de auditor para verificar las cuentas del ejercicio 2012 de la sociedad «MDA Servicios de Hostelería, S.L.».

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 6 de Madrid.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (27.ª)

En el expediente 142/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Jolly Motor España, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Jolly Motor International, S.P.A.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Valencia el 26 de marzo de 2013 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 más del 5% del capital social de «Jolly Motor España, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012.

II

A la vista de dicha instancia, el Registrador Mercantil de Valencia, con fecha de 2 de abril de 2013 requirió al firmante de la misma para que acreditara documentalmente su legitimación, al no resultar de la escritura de constitución de la sociedad y, asimismo, para que facilitara su DNI o NIE, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 351.1 del Reglamento del Registro Mercantil. Así lo hizo don ….. mediante escrito de 4 de abril de 2013, al que adjuntó copia de la escritura de pública de poder general para pleitos, autorizada por el Notario de Madrid don ….., el 10 de diciembre de 2012, bajo el núm. 1381 de su Protocolo Notarial.

III

La sociedad, a través de su administrador, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la persona que suscribe la instancia en representación de la empresa carece de legitimación suficiente para instar el nombramiento de auditor de cuentas, dado que los poderes que aporta no son suficientes para solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, en nombre de la entidad mercantil «Jolly Motor International, S.P.A.».

IV

El Registrador Mercantil de Valencia, con fecha 25 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 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» don ….., 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, la solicitante es representada por don ….., mediante documento público notarial de poder general para pleitos, autorizado el 10 de diciembre de 2012, núm. 1381 de su protocolo por el Notario don Carlos Huidoboro Arreba en el que se apreció en su momento la

identidad del poderdante, se juzgó su capacidad y legitimación para el citado otorgamiento que entre otras facultades comprende: «Comparecer ante cualesquiera Juzgados, Audiencias y demás Tribunales ordinarios o especiales, de cualquier grado y Jurisdicciones, y ante cualquier otra autoridad… para instar, seguir y terminar, como parte principal, *litis* consorte, actor, demandado, demandante, interviniente, tercero, coadyuvante, requeriente o en cualquier otro concepto, toda clase de expedientes, Juicios Y Procedimientos, Civiles, Penal, Militar».

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 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 24 de mayo y 8 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 1994 y, como más recientes, las de 8 de noviembre de 2001, 1 de febrero y 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero de 2006 y 31 de mayo de 2007.

Procede confirmar el fundamento jurídico único la decisión adoptada por el Registrador Mercantil de Valencia, frente a la cual no pueden prosperar ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, acreditada en el expediente, por la copia de la escritura de poder aportada, las facultades del poderdante, don ….., Apoderado de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas, en virtud del poder especial otorgado ante el Notario de Rovereto (República de Italia), don Rafael Greco, de 26 de septiembre de 2012, núm. 2770 de su protocolo, debidamente apostillada, con fecha de 27 de septiembre de 2012, núm. 136/2012 y debidamente traducida al español con todos los documentos anexos, ha quedado también acreditada en el expediente la capacidad de don ….. para representar a la sociedad, en los términos que se deducen de dicha escritura pública de poder general.

En el caso presente, dado que el firmante de la instancia solo ha solicitado ante el Registrador Mercantil el nombramiento de auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2012 que no es más que un acto de mera administración o gestión que inicia un procedimiento registral de carácter administrativo que debe tramitarse y resolverse por el funcionario público competente designado en la ley de Sociedades de Capital y en el

Reglamento del Registro Mercantil, se ha concluir que está ampliamente facultado por su poderdante para actuar en nombre y por cuenta de «Jolly Motor International, S.P.A.», socia minoritaria de la Entidad Mercantil afectada por su solicitud.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por do ….., representante de «Jolly Motor España, S.L.», y confirmar la Resolución del Registrador de Valencia de 25 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (28.ª)

En el expediente 143/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Argaprint, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de don ….., presentó el 1 de abril de 2013 un escrito en el Registro Mercantil de Madrid solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de un número de participaciones sociales superior al 5% del capital social de «Argaprint, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

A la vista de la anterior instancia, el Registrador Mercantil de Madrid, con fecha 4 de abril de 2012, acordó conceder al solicitante el plazo de diez días para que aportara copia

notarial o escritura de poder en que fundara su representación, teniéndole por desistido de su solicitud si, transcurrido este plazo, no lo aportara. Dicha notificación fue recibida por el firmante del escrito el 8 de abril de 2013.

III

Transcurrido en exceso el plazo señalado, el Registrador Mercantil de Madrid acordó, el 23 de mayo de 2013, desestimar la solicitud por no quedar acreditada la representación de don ….. para actuar, en nombre y por cuenta de don …

IV

Contra dicha Resolución don ….. interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, subsanando la omisión del DNI, requerida en su momento por el Registrador Mercantil y adjuntando a su escrito copia de la escritura de poder general otorgada a su favor por don …

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 32, 71 y 79 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 265.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Plantea el presente expediente como una única cuestión la de determinar si una vez transcurrido con creces el plazo concedido por el Registrador Mercantil para la subsanación de la solicitud, sin que el interesado y Apoderado del solicitante de la auditoría de cuentas aportara contestación alguna a dicho requerimiento *(cfr.* art. 71 de la ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común) puede admitirse en trámite de recurso de alzada los documentos solicitados para continuar con la tramitación y Resolución de la solicitud.

La respuesta debe ser negativa, pues la Ley de 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, en todo aquello no previsto en su regulación específica contenida en el Reglamento del Registro Mercantil, dispone en el artículo 32.3 y 4 que cuando exista falta o insuficiente acreditación de la representaciones tendrá por efectuado el acto de que se trate, siempre que se acredite dicha representación en el plazo de diez días.

En el caso presente, el interesado recibió la notificación del Registro Mercantil el 8 de abril de 2013 en el que se le requirió que aportara su DNI o NIE y, además se le requirió que dejará constancia de la representación con la que

actuó en nombre y por cuenta de la persona a la que dijo representar, sin que desde esa fecha hasta el 23 de mayo de 2013 en la que se dicto Resolución, hubiera prestado la colaboración propia de quien pretende ejercitar un derecho en nombre de otro. Consecuentemente, este Centro Directivo debe confirmar la Resolución recurrida, dado que, de no hacerlo, habría de retrotraer el procedimiento al momento de la presentación de la instancia en el Registro Mercantil para su traslado a la sociedad a efectos de que planteara su oposición a la misma, lo que exigiría una nueva Resolución del Registrador Mercantil. En definitiva, supondría reabrir unos plazos que quedaron cerrados a los tres meses del cierre del ejercicio social cuya auditoría se solicitó.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., contra la Resolución del Registrador Mercantil de Madrid el 23 de mayo de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (29.ª)

En el expediente 144/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Aulop, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Albacete el 20 de Marzo de 2013 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de «Aulop, S.L.», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su administradora única, doña ….., se opuso a dicha pretensión alegando que la sociedad se encuentra sin actividad económica, lo que se acredita mediante copia del impuesto de sociedades del ejercicio 2011. Añadió que en la instancia no se especifica el ejercicio económico a auditar.

III

El Registrador Mercantil de Albacete, con fecha 26 de abril de 2013, resolvió no acceder a la oposición formulada por la sociedad. Entiende que la inactividad económica de la Sociedad, no es motivo para que la misma deje de presentar sus documentos contables en el Registro Mercantil, dado que, como persona jurídica que es, subsiste como tal en el Registro Mercantil y, por tanto, incluso en ésta circunstancia es posible ejercitar el derecho reconocido a los socios minoritarios.–Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado: de 5 de Noviembre de 2012–. Además sólo se presenta copia del impuesto sociedades del ejercicio 2011 donde manifiesta que, a efectos fiscales, la sociedad está inactiva, pero ningún documento que haga referencia al ejercicio 2012. No puede estimarse tampoco la alegación referente a que no se indica en la instancia el año del que se pretenden revisar las cuentas anuales, ya que la petición se ha hecho dentro de los tres meses siguientes al último ejercicio económico finalizado, con lo que se da fiel cumplimiento a lo establecido tanto en el artículo 359.1.1a del Reglamento del Registro Mercantil, como a lo establecido en el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y ya que además de la misma solicitud presentada por el accionista se menciona «Que deseando conocer la situación exacta de la contabilidad de dicha mercantil y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social» lo que claramente da a entender de que el ejercicio que se pretende Auditar es el correspondiente al terminado a 31 de Diciembre de 2012 y además el procedimiento de nombramiento de Auditor está caracterizado por su antiformalismo, con el fin de facilitar a los socios minoritarios el ejercicio del derecho y a la Sociedad la alegación de posibles causas de oposición, siendo suficiente que conste en la solicitud de manera clara la razón social de la compañía y que se dirija o presente en el Registro del domicilio social, conforme a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de abril de 2013.

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 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 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, 31 de diciembre de 2012 y 8 de abril de 2013.

1.º Debe rechazarse en el presente expediente la alegación que la sociedad formula en su escrito de recurso y ello porque, aunque se encuentre sin apenas actividad económica, es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– que es posible ejercitar el derecho que el artículo 265.2 Ley de Sociedades de Capital reconoce, dado que la personalidad de la sociedad subsiste –tal y como ocurre en el presente caso– y, por tanto, continúa obligada a presentar sus documentos contables en el Registro Mercantil.

2.º También es reiterada la doctrina de esta Dirección General señalando que ni la Ley de Sociedades de Capital ni el Reglamento del Registro Mercantil exigen, expresamente, la formal determinación en la solicitud del ejercicio económico a que la misma se refiere pero, además, en el caso que nos ocupa no se suscita duda interpretativa alguna sobre el ejercicio a que puede referirse, ya que solo resulta posible, por su propia literalidad y por la invocación de los artículos 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, que se refiere al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., administradora única de «Aulop, S.L.», contra la Resolución dictada por el Registrador Mercantil de Albacete el 26 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Albacete.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (30.ª)

En el expediente 145/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Cerámica Internacional, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. el 18 de marzo de 2013 presentó una instancia en el Registro Mercantil de Alicante solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 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 2012.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad, fue recepcionada por ésta el 11 de abril de 2013 y, finalmente, el 16 de abril del mismo año presentó su oposición al nombramiento solicitado.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, el 29 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud al cumplir con lo establecido en los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Contra dicha Resolución la sociedad, a través de sus administradores mancomunados, doña ….. don ….. interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que los únicos socios de la compañía son los firmantes del presente escrito de interposición del recurso, dado que la herencia de don ….. continúa indivisa, al no haberse puesto de acuerdo sus herederos en la adjudicación de los bienes que la forman. 2.º) Que no es cierto que la solicitante hubiera adquirido la nuda propiedad de las participaciones sociales núms. 181.292 a 207.202, mediante un pretendido documento de 24 de enero de 2008, puesto que no es verdad que tras el fallecimiento de su madre se suscribiera por su viudo y sus hijos el documento con el título «liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de la herencia» que la peticionaria ha venido presentando en sus sucesivas solicitudes anuales.

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, 30 de mayo de 2007 y 16 de julio de 2012.

1.º No puede prosperar en esta Resolución la pretensión del recurrente, pues como ya ha mantenido este Centro Directivo en resoluciones anteriores, la legitimación de la solicitante ha quedado acreditada desde el momento en que se alega por la propia sociedad que forma parte de una comunidad de herederos constituida tras el fallecimiento de sus padres sobre los bienes que componen la herencia yacente, entre los que se encuentran las participaciones sociales que tuvieron en la sociedad.

No es cierto, en contra de lo que la sociedad entiende, que los herederos tengan que esperar a la partición y adjudicación de la herencia para la realización de actos de gestión y administración de los bienes que la componen, pues ésta 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, don ….., mediante certificado 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 Urbano Alvarez Merino 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.

2.º También debe rechazarse la alegación de la sociedad que pretende enervar el derecho de la solicitante, sobre la base de que se encuentra sin apenas actividad económica, pues es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– que es posible ejercitar el derecho que el artículo 265.2 Ley de Sociedades de Capital reconoce, dado que la personalidad de la sociedad subsiste –tal y como ocurre en el presente caso– y, por tanto, continúa obligada a presentar sus documentos contables en el Registro 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 Alicante de 29 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (31.ª)

En el expediente 146/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Centre Recuperacio Funcional Vilanova, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 26 de marzo de 2013 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 «Centre Recuperacio Funcional Vilanova, 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 escrito copia de la escritura de compraventa de participaciones de sociedad de responsabilidad limitada, otorgada en fecha 4 de junio de 2003, ante la Notaria de Vilanova i la Geltrú doña María–Eugenia Rambla Gómez, núm. 982 de protocolo, en la que consta que don ….. compró 12 participaciones de la mercantil «Centre Recuperacio Funcional Vilanova, S.L.», núms. del 21 al 32, ambos inclusive.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, 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. Tal justificación no es superflua, pues la finalidad de la misma es evitar abusos de los socios que únicamente persiguen perjudicar a la sociedad, gravándola con gastos innecesarios, y no obtener información sobre su situación contable.

III

El Registrador Mercantil de núm. 13 de Barcelona, con fecha 22 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que en el solicitante concurren las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Mantuvo que el expediente plantea una cuestión previa y es que el escrito de oposición tuvo entrada en este Registro en fecha 17 de abril de 2013, remitido por burofax el día 16 del mismo mes y año –fuera del plazo establecido en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil–. Ello no obstante, debe recordarse que tal incumplimiento no puede acarrear, según doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la inadmisión de la misma. En efecto, la oposición a la solicitud es una facultad o derecho de la sociedad y no una carga y, por consiguiente, el Registrador debe decidir si el solicitante reúne o no los requisitos de capital y tiempo exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para proceder al nombramiento de auditor, y ello aunque la sociedad no se oponga o, naturalmente, se oponga fuera del plazo reglamentariamente establecido (en este sentido pueden verse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 13,14 y 15 de enero de 2009, entre otras) En cuanto a la primera alegación formulada por la oponente relativa a

la inexpresión de la causa de la solicitud de nombramiento de auditor, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido sobre dicha cuestión, 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 (en este sentido pueden verse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio y 7 de octubre de 2010, entre otras) Tampoco pueden prosperar las restantes alegaciones formuladas por la sociedad relativas a que la justificación de la solicitud no es superflua, pues la finalidad de la misma, es evitar abusos de los socios que únicamente persiguen perjudicar a la sociedad, gravándola con gastos innecesarios, y no obtener información sobre su situación contable; debe precisarse que quien juzga la necesidad de la auditoría es el socio, no la sociedad, existiendo al respecto abundantísima doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalando 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 contrarío, 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 sólo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 1.902 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 22 de octubre de 2010, entre otras). Por último indicar, respecto al perjuicio económico que el nombramiento de auditor puede ocasionar a la sociedad, que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone de manera taxativa, sin dejar margen interpretativo alguno, que los gastos del auditor nombrado corren siempre a cargo de la sociedad, 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).

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

Finalmente, el 7 de junio de 2013 tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil núm. 13 de Barcelona al que adjuntó

un escrito presentado en dicho registro por el solicitante de la auditoría de cuentas, don ….., desistiendo de su solicitud de auditoría de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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 por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas del ejercicio 2012 para la sociedad «Centre Recuperacio Funcional Vilanova, 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, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 12 de Barcelona.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (32.ª)

En el expediente 147/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Tecrenor, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Cantabria el 27 de marzo de 2013 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 20% del capital social de «Tecrenor, S.L.», el nombramiento de un

auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. Alegó que el fallecido don ….., casado en únicas nupcias con su representada, falleció sin otorgar testamento. Dicho señor era titular de 100 participaciones sociales de la sociedad, constituida el 9 de junio de 1988, lo que supone el 20% de capital social. Adjuntó a su instancia acta de notoriedad de declaración de heredero abintestato.

II

La sociedad, a través de don ….., Administrador Único de la misma, se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Falta de legitimación de la solicitante, puesto que no consta en el libro registro de socios que tenga la condición de socia de la compañía y, si bien es cierto que don ….. sí fue socio, la sociedad no ha recibido comunicación alguna que justifique la nueva adquisición. 2.º) Que, en todo caso la solicitud deberían presentarla todos los herederos del socio fallecido y no solo su cónyuge, dado que la herencia se encuentra en estado de yacencia.

III

La Registradora Mercantil de Cantabria, con fecha 19 de abril de 2013, requirió a la solicitante para que aportara al expediente el título de adjudicación a su favor de las participaciones sociales a la fecha de la solicitud. A dicho requerimiento contestó el representante de la interesada alegando que la adjudicación de la herencia no se había llevado a cabo.

IV

Por Resolución de 10 de mayo de 2013, la Registradora Mercantil de Cantabria acordó estimar la solicitud formulada, en base a que según reiterada doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado (Resolución de 10 de diciembre de 2012) la primera cuestión planteada es la relativa a la legitimación de la solicitante. Sobre esta cuestión el Centro Directivo manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues entiende que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 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 documentación aportada de socio del Sr. ….. y su titularidad sobre 100 participaciones sociales, equivalente al 20% 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 post-ganancial, 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 126 de la Ley de Sociedades de Capital, 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. 1.344 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.

V

Contra dicha Resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición. Añadió que el hecho del fallecimiento del socio y la existencia de una comunidad de herederos debería comunicarse a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Procede confirmar por ajustada a derecho el fundamento de la Resolución adoptada por la Registradora Mercantil de Cantabria. 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 ha adquirido la titularidad de más del 5% del capital social. La sociedad, por su parte, no ha aportado prueba alguna que desvirtúe dicho principio de prueba, puesto que, en contra de lo que entiende, 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 heredera –como ha hecho– para que, como miembro de la comunidad hereditaria titular del las acciones, pueda solicitar la auditoría. Tampoco es necesario que la solicitud de auditoría deba ser formulada por todos los miembros de la comunidad hereditaria, puesto que cual-

quiera de ellos puede realizar actos de conservación y administración de loas bienes comunes.

Por lo demás señalar que es indiferente, a efectos de cumplir con la obligación de notificar a la sociedad el fallecimiento de su causante y la nueva adquisición producida a su favor en virtud de la declaración de heredero abintestato, que la solicitante no se haya dirigido personal y directamente a la administración social comunicando estos hechos, porque el traslado de su solicitud a la sociedad practicada por el Registrador Mercantil –que consta en el expediente– cumple esa finalidad de comunicación a los administradores, prevista en el artículo 106.2 en relación con el artículo 110.1 de la ley de Sociedades de Capital.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., Administrador Único de «Tecrenor, S.L.» y confirmar la Resolución de la Registradora Mercantil de Cantabria de 10 de mayo de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Cantabria.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (33.ª)

En el expediente 148/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Makila Outsourcing Process, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de «Distribuidora de Talco, S.A.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 20 de marzo de 2013 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 «Makila Outsourcing Process, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

Trasladada dicha solicitud a la sociedad, ésta no se opuso al nombramiento solicitado, dentro del plazo previsto en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La Registradora Mercantil de núm. 9 de Barcelona, con fecha 29 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que en la entidad mercantil solicitante concurren las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas, dado que la escritura de compraventa de participaciones sociales constituye un principio de prueba por escrito de su propiedad sobre las mismas.

IV

Contra dicha Resolución don ….., Administrador Único de la compañía, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando que, en realidad, lo que la solicitante pretende es presionar a la sociedad para que adquiera sus participaciones sociales, siendo esta solicitud un claro ejercicio abusivo del derecho a solicitar el nombramiento registral de 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 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.

La única cuestión que plantea el presente recurso se centra en determinar si las alegaciones de la sociedad que cuestionan la buena fe de la entidad mercantil solicitante de la auditoría de cuentas pueden ser tenidas en cuanta en este procedimiento. La respuesta ha de ser, forzosamente, negativa pues el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide a esta Dirección General dilucidar las intenciones que haya tenido el peticionario al instar el nombramiento registral de auditor de cuentas, ya que, si bien es cierto que éstas 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 pueden presumirse nunca. Quienes se sientan perjudicados por la actuación supuesta-

mente maliciosa deberán acudir a la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., Administrador Único de «Makila Outsourcing Process, S.L.», contra la Resolución dictada por la Registradora Mercantil núm. 9 de Barcelona el 29 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 14 de Barcelona.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (34.ª)

En el expediente 149/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sociedad Desarrollos de Benissa, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Sirvent Almendras, S.A.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 26 de marzo de 2013 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 Desarrollos de Benissa, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su Consejero Delegado, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, improcedencia del nombramiento ya que el objetivo que persigue la sociedad ha sido logrado por la designación voluntaria de auditor de cuentas realizada por la sociedad en don ….. que ha emitido su informe el 12 de marzo de 2013, lo que le consta al solicitante al habérsele entregado copia del mismo. Si bien es cierto que se emitió a efec-

tos del artículo 323 de la ley de Sociedades de Capital, no lo es menos que para su elaboración el auditor ha tenido que examinar toda la documentación contable de la compañía.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, con fecha 16 de abril de 2013, requirió a la sociedad para que en el plazo de diez días aportara al expediente la documentación acreditativa del nombramiento de auditor voluntario. Lo que así hizo la sociedad el 26 de abril de 2013.

IV

Por Resolución de 6 de mayo de 2013 el Registrador Mercantil de Alicante acordó desestimar la oposición de la sociedad. Mantuvo que, aún cuando el nombramiento voluntario de auditor de cuentas puede enervar el derecho del socio minoritario, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, debe reunir 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 solo ha acreditado que su designación solo se efectuó en una sesión del Consejo de Administración de 20 de febrero de 2013, el documento privado de nombramiento tiene firmas legitimadas el 24 y 25 de abril de 2013 y no se presentó en el Registro Mercantil junto con el informe de auditoría sino hasta el 26 de abril del mismo año, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 1.227 del Código Civil no puede considerarse previo a la solicitud.

V

Contra dicha Resolución la indicada representación social interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Que el artículo 1.227 del Código Civil solo es aplicable si no existen otros medios de prueba que permitan llegar a una conclusión sobre la veracidad de la fecha. 2.º) Que la sociedad ha puesto a disposición de la Registradora Mercantil todos los medios que le permiten comprobar la veracidad de la fecha.

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 minoritario que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo oportuno legalmente exigibles.

La doctrina sentada en esta materia por esta Dirección General –doctrina que vuelve aquí a reiterarse– ha sido terminantemente clara: el nombramiento de auditor voluntariamente efectuado por la sociedad de capital enerva el derecho del socio minoritario a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas puesto que el vigente artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, correspondiente al derogado artículo 205.2 LSA de 1989, lo que pretende es que se faciliten al socio las cuentas anuales verificadas por un auditor independiente, sin que sea determinante a instancia de quién haya sido designado este auditor, Juez, Registrador u Órganos sociales, ya que la independencia de cualquier auditor queda garantizada por las previsiones de la propia Ley de Auditoría de Cuentas, su Reglamento de desarrollo y las propias Normas Técnicas de Auditoría.

Ahora bien, siempre se ha exigido además se cumpla una doble condición: *a)* Que se haya efectuado el nombramiento del auditor por la sociedad con anterioridad a la presentación de la instancia por el minoritario pidiendo el nombramiento de auditor al Registro; y *b)* Que se haya garantizado ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, garantía que únicamente puede procurársele bien a través de la inscripción del nombramiento del auditor en el Registro Mercantil, bien por haberse puesto a disposición del socio el informe de auditoría correspondiente o bien por la incorporación del citado informe al propio 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 sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios, que podría eludir fácilmente a través del sencillo procedimiento de retrasar indefinidamente la presentación de las cuentas.

En el supuesto analizado, existe una cuestión previa a la anterioridad del nombramiento, cuestión que parte de las alegaciones y de la documentación aportada por la sociedad. En efecto el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital garantiza al socio un informe realizado por auditor de cuentas que verifique si las que debe presentar la sociedad en el Registro Mercantil para su depósito reflejan la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa y, en este expediente la sociedad se ha limitado a aportar un informe de auditoría sobre el balance de situación exigido por el artículo 323 de la ley de Sociedades de Capital para realizar una operación de reducción de capital social, por lo que el informe de 12 de marzo de 2013 ofrece una información y tiene un objetivo diferente al informe de auditoría sobre todas las cuentas anuales de la sociedad y no solo sobre el balance de situación. Por tanto, se ha de concluir que la auditoría voluntaria contratada por la sociedad no ha enervado el derecho del socio minoritario.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto, don ….., Consejero Delegado de «Sociedad Desarrollos de

Benissa, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Alicante de 6 de mayo de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (35.ª)

En el expediente 150/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «ALP Broker Correduría de Seguros, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 1 de febrero de 2013 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 «ALP Broker Correduría de Seguros, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2013.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta no presentó alegaciones oponiéndose al nombramiento solicitado por la minoría dentro del plazo previsto en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil núm. 3 de Alicante, con fecha 14 de marzo de 2013, resolvió estimar la solicitud de auditoría al reunir la solicitante las condiciones de capital y tiempo

exigidas por los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Contra dicha Resolución la sociedad, a través de sus administradores, don ….. y don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia, que la sociedad atraviesa por una situación de falta de tesorería y le resulta imposible atender los gastos de auditoría, ya que, en caso contrario, se pondría en riesgo la viabilidad 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, 4 de octubre, 23 y 26 de noviembre de 2005, 19 de junio de 2007 y 3 de mayo de 2010.

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 el derecho de la socia minoritaria al nombramiento registral de auditor. 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 aunque carezca de tesorería, no puede impedir el ejercicio del derecho de la socia minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….. y don ….., administradores de «ALP Broker Correduría de Seguros, S.L. contra la Resolución dictada por la Registradora Mercantil núm. 3 de Alicante 14 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 3 de Alicante.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (36.ª)

En el expediente 151/10 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «J. Costa Competition, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 13 de marzo de 2013, solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, como titular de más del 5% del capital social de «J. Costa Competition, S.L.» el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2012.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta no presentó oposición al nombramiento solicitado por la minoría en el plazo establecido en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil núm. 6 de Barcelona resolvió, con fecha 23 de abril de 2013, desestimar la solicitud formulada por el socio minoritario. Mantuvo que, si bien el tenor literal del artículo 354.4 del Reglamento del Registro Mercantil pudiera dar a entender que si la sociedad no contesta, debe automáticamente aceptarse la petición del socio, ello no es así porque oponerse no es una obligación sino una facultad que puede ejercerse o no, sin que la falta de ejercicio pueda interpretarse como la tácita conformidad y porque el Registrador, en todo caso, debe comprobar que la solicitud reúne las condiciones legalmente establecidas y resolver sobre el fondo del asunto. En tal sentido, pueden citarse, entre otras, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 7 y 8 de octubre de 2009 y 1 de septiembre de 2010. Debe considerarse en el caso que nos ocupa el hecho que en el acto de constitución de la sociedad «J. Costa Competition, S.L.» se nombraran como administradores solidarios de la misma por plazo indefinido a don …..

y don ….., según consta en la Inscripción la practicada en la Hoja abierta en este Registro a nombre de la citada compañía; que el señor ….. sea, a su vez, solicitante del nombramiento de auditor, y que en la Junta General celebrada el día 20 de marzo de 2013 se acordara cesar de dicho cargo al citado Sr. ….., según se desprende la documentación presentada en este Registro para su inscripción en fecha 25 del mismo mes y año. Así pues, según los datos obrantes en este Registro, cabe decir que el promotor del presente expediente ostentó el cargo de administrador solidario de la referida compañía durante todo el ejercicio 2012. Se plantea, por tanto, la cuestión de si la concurrencia en el solicitante de dicho cargo durante todo el ejercicio 2012 puede impedir que ejercite el derecho a solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas. Sobre esta cuestión la 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 por sí mismo los servicios profesionales de un auditor como un acto propio de la gestión social de la empresa. Esto es lo que ocurre en el presente caso, ya que el solicitante pudo en su condición de Administrador Solidario durante todo el ejercicio 2012, sin necesidad de concurrir el otro Administrador, nombrar Auditor de Cuentas para el ejercicio de 2012, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunada, dado, que en este caso, los administradores habrían tenido que actuar conjuntamente (art. 1.692 del Código Civil).

IV

Contra dicha Resolución don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando: 1.º) Que el hecho de que conste en la escritura de constitución de la sociedad como administrador solidario, no debe impedir su derecho a obtener del Registrador Mercantil el nombramiento de u auditor de cuentas, puesto que de dicho cargo no resulta necesariamente que sea conocedor de toda la gestión de la sociedad, ni de las cuentas que puede formular. 2.º) Que por lo que se refiere al carácter solidario del cargo, no implica en si mismo el conocimiento de toda la información de la sociedad. 3.º) Que la sociedad no se opuso al nombramiento porque no estimó necesario oponerse, por lo que resulta improcedente la desestimación de la solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 42 del Código de Comercio, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre otras, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de junio de 2005 y, como más recientes, la de 9 de diciembre de 2008, la de 21 de abril de 2009 y 1 de septiembre de 2010.

La única cuestión que platea el presente recurso se centra en determinar si el socio que ostentó la condición de administrador solidario de la compañía

puede o no solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas anuales del último ejercicio vencido.

Sobre esta cuestión, este Centro Directivo ha mantenido que el hecho de que el socio minoritario ostente la condición de administrador social no debe impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio, propietario de un porcentaje de capital social no inferior al 5%. Esto solo ocurriría si durante el ejercicio económico para el que solicita la auditoría hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ostentado la administración solidaria, porque en este último caso, habría podido contratar por si mismo 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 porque en este caso habría tenido que contar con el consentimiento y acuerdo de los demás *(cfr.* art. 1.692 del Código Civil).

Esto es lo que ocurre en el caso presente, en el que, como alega la solicitante de la auditoría, ha ejercido la administración solidaria de la compañía junto con otro administrador desde la constitución de la sociedad, siendo así que el ejercicio de este cargo de administrador le brindó la oportunidad de conocer, sí lo hubiera estimado oportuno, la gestión diaria de la empresa y la de contratar los servicio de un auditor para verificar las cuentas del ejercicio 2012, como un acto más de gestión y buena administración si hubiera creído conveniente disponer de un informe de auditoría.

Por tanto, procede confirmar la Resolución dictada por el Registrador Mercantil de Barcelona, pues no se estima conforme a derecho desencadenar una actividad registral, administrativa, o judicial con el fin de obtener lo que ha estado en la capacidad de quien lo solicita y dentro de su esfera de actuación personal.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, contra la Resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. VI de Barcelona el 23 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 6 de Barcelona.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (37.ª)

En el expediente 152/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ederki 2002, S.L.» (en concurso).

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Guipúzcoa el 27 de marzo de 2013 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares de más del 5% del capital social de «Ederki 2002, S.L.» (en concurso) la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través del Presidente del Consejo de Administración, don …..., se opuso a dicha pretensión alegando, resumidamente: 1.º) Que los solicitantes de la auditoría están perfectamente informados de las cuentas anuales de la sociedad y conocen las difíciles circunstancias por las que atraviesa. 2.º) Que su actuación se encubre dentro de una clara estrategia de acoso a la sociedad, la cual deriva de posiciones puramente personales. 3.º) Que la situación de concurso por la que atraviesa la sociedad se debería tener en cuenta para enervar el derecho de los solicitantes, pues la sociedad está sometida a la supervisión de toda su actividad y de todas sus cuentas por el administrador concursal.

III

El Registrador Mercantil de Guipúzcoa, el 9 de mayo de 2013, acordó, no acceder a la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo, sobre la primera cuestión, que la Dirección General de los Registros ha declarado reiteradamente (véase, por todas, la Resolución de 19 de enero de 2012) que es posible ejercitar el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital durante el período 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). La alegación consistente en no estar la sociedad obligada a auditar no puede tomarse en consideración, ya que es uno de los presupuestos del ejercicio del derecho regulado por el 265.2 de la L. S. C. Y en cuanto a la falta de formulación de las cuentas de la sociedad concursada, como también ha declarado la Dirección General en múltiples resoluciones (29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 24 de mayo de 2007, 5 de abril de 2010 y 27 de agosto de 2012), estas disposiciones no pueden interpretarse en el sentido de que el socio minoritario tenga que esperar a que la administración social formule las cuentas anuales y a que la Junta General Ordinaria de la sociedad las apruebe. En cuanto a la alegación consistente en el propósito de

los solicitantes de ocasionar un perjuicio a la sociedad, la misma Dirección General ha reiterado en cuantas ocasiones se le han presentado que si bien es cierto que las motivaciones que animan a quien solicita una auditoría 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 aducidas 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, 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, la de 1 de junio de 2011 («BOE» 1-07-011) y 12 de enero de 2012.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la Resolución dictada por el Registrador Mercantil de Guipúzcoa. En efecto, 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 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).

2.º El conocimiento que los solicitantes tengan de la contabilidad social y de su situación financiera no obstaculiza en absoluto el ejercicio del derecho a la verificación contable, dado que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administra-

ción social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* art. 196 y 197 en relación con el art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º Por último, tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe de los solicitante, pues como ha mantenido este Centro Directivo 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ……, Presidente del Consejo de Administración de «Ederki 2002, S.L.» (en concurso), contra la Resolución dictada por el Registrador Mercantil de Guipúzcoa el 9 de mayo de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Guipúzcoa.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (38.ª)

En el expediente 153/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Autoservicios Tercar, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 26 de marzo de 2013 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 25% del capital social de «Autoservicios Tercar, S.A.» el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su Administrador Único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la Junta general de la sociedad celebrada el 4 de enero de 2013 procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas externo para verificar las cuentas del ejercicio 2012.

III

El Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid, con fecha 30 de abril de 2013, acordó dejar en suspendo el nombramiento de auditor solicitado por la minoría. Mantuvo que si bien es cierto que la existencia de una auditoría voluntaria enervar el derecho del socio, dicha circunstancia ha de probarse por parte de la sociedad pues de lo contrario se vería defraudado el derecho del socio. En este punto y según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado la auditoría voluntaria 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, la sociedad ha acreditado que la Junta general procedió a nombrar auditor de cuentas a la compañía «PMA Auditores, S.L.», la cual aceptó el encargo a través de su representante, don ….., mediante escrito de 15 de enero de 2013. Dicha documentación fue presentada para su inscripción el 27 de febrero de 2013 y calificada con defectos fue vuelta a presentar durante la vigencia del asiento de presentación el 24 de abril de 2013. Por lo expuesto, acreditado que el nombramiento de auditor fue previo a la solicitud del socio, procede dejar en suspenso dicho nombramiento durante la vigencia del asiento de presentación, procediendo a la designación si el nombramiento voluntario de auditor de cuentas no llega a inscribirse.

IV

Contra dicha Resolución don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, resumidamente: 1.º) Que la sociedad está formada por dos socios el mayoritario que ostenta el 75% del capital social y por él que ostenta el 24'50%, siendo así que en el momento de interponer el recurso desconoce cual fue la documentación aportada por la sociedad para acreditar que el nombramiento de auditor de cuentas fue previo a su solicitud. 2.º) Que el Administrador Único de la sociedad procedió de mala fe y en detrimento de los derechos del socio minoritario. En efecto dicho administrador derogó los anteriores Estatutos sociales que establecían una administración solidaria para imponerse como Administrador Único de la compañía, cargo para el que se reeligió el 4 de mayo de 2010. 3.º) Que a pesar de que las cuentas anuales de 2012 fueron aprobadas el 4 de enero de 2013, el Administrador Único no ha remitido información de dichas cuentas. 4.º) Que el hecho de que la empresa auditora aceptara el encargo de auditoría el 15 de enero de 2013 pone de manifiesto que la

Junta general aprobó las cuentas del 2012 sin la revisión ni verificación de las mismas por la firma auditora nombrada por la Junta general. 5.º) Que el Registro se encuentra cerrado para la sociedad por falta de depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2009.

V

Finalmente, el 27 de junio de 2013 tuvo entrada en el registro general de este Departamento Ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Madrid, al que adjunto un escrito del Administrador Único de la sociedad, don ….., al que adjuntó el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 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 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.

Sin embargo, en el supuesto analizado, la auditoría voluntaria contratada por la sociedad reúne las dos condiciones exigidas por esta Dirección General, dado que la contratación de la auditoría fue previa a la solicitud del socio minoritario, presentada en el Registro Mercantil el 26 de marzo de 2013 y, asimismo, se ha garantizado el derecho del solicitante al informe de la auditoría de cuentas del ejercicio 2012 mediante su incorporación al expediente, el 10 de junio de 2013. Por lo tanto, en esta ocasión el derecho del solicitante ha sido enervado por la auditoría voluntaria contratada por la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Autoservicios Tercar, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid el 30 de abril de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (39.ª)

En el expediente 156/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «321 Impas, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 21 de marzo de 2013 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 «321 Impas, S.L., en liquidación», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta no presentó oposición a la solicitud de auditoría del socio minoritario.

III

La Registradora Mercantil núm. 7 de Barcelona, con fecha 9 de mayo de 2013, resolvió estimar la solicitud, dado que la solicitante reúne las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas.

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, que la sociedad se encuentra en proceso de liquidación que se inició en virtud del acuerdo de disolución previsto en el artículo 368 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que no puede hacerse cargo de los costes de la auditoría.

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 18 de febrero de 1994, 16 de noviembre de 1995 y, como más recientes, las de 9 de diciembre de 2005, 14 de octubre de 2006, 20 de febrero de 2008 y 30 de junio de 2010.

1.º Debe rechazarse en el presente expediente la alegación que la sociedad formula en su escrito de recurso y ello porque, aunque se encuentre en situación de liquidación, es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– que es posible ejercitar el derecho que el artículo 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 que ni siquiera ha comunicado al Registro Mercantil la situación de liquidación en que se encuentra, no ha sido cancelada en el

Registro y subsiste, aunque sea por vía judicial, la posibilidad de su reactivación.

2.º La falta de liquidez por la que atraviesa tampoco es óbice para el ejercicio del derecho reconocido a los socios por el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital, puesto 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 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, aunque pueda llevar a su definitiva extinción, no puede impedir el ejercicio del derecho de la socia minoritaria a la verificación contable del ejercicio 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de, «321 Impas, S.L.», contra la Resolución dictada por la Registradora Mercantil núm. 7 de Barcelona el 9 de mayo de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández. Sra. Registradora Mercantil núm. VII de Barcelona.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (40.ª)

En el expediente 157/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Distribución de Frío HDF, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. como administradora única de la sociedad «Ángela Moreno Vadillo, S.L.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 25 de marzo de 2013 solici-

tando, 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 «Distribución de Frío HDF, 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 escrito fotocopia de copia simple de la escritura de constitución de Sociedad Limitada, otorgada en fecha 11 de octubre de 2005, ante el Notario de Barcelona don Tomás Jiménez Duart. núm. 4.085 de protocolo y fotocopia parcial de copia simple de la escritura de compraventa de participaciones sociales, otorgada en fecha 16 de julio de 2010, ante el Notario de Madrid don ….., núm. 1.237 de protocolo de la cual se desprende que la compañía «Ángela Moreno Vadillo, S.L.» compró y adquirió 41 participaciones sociales de la mercantil «Distribución de Frió HDF, S.L.», núms. 830 al 870, ambos inclusive.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando, en esencia: 1.º) Que el nombramiento de auditor por parte de la sociedad fue previo a la presentación de la solicitud en el Registro Mercantil, según consta en Acta Notarial relativa a la Junta General Extraordinaria de socios de la sociedad «Distribución de Frío HDF, S.L.», celebrada en fecha 24 de octubre de 2012, con el conocimiento del socio promotor del presente expediente, puesto que a la Junta asistió el 100% del capital social; dicho nombramiento fue presentado a inscripción y fue calificado con defectos subsanables, según nota de fecha 12 de febrero de 2013. La designación recayó en la empresa de auditoría «Gafisa Barcelona Auditors, S.L.P.» 2.º) Que la promotora del presente expediente actuó de mala fe, pues conoció el nombramiento de auditor efectuado por la sociedad.

III

El Registrador Mercantil núm. 5 de Barcelona, con fecha 10 de abril de 2013, acordó requerir a la sociedad para que en el plazo de diez días hábiles presentara para su inscripción la documentación acreditativa del nombramiento de auditor y la aceptación por parte de éste, así como testimonio de la indicada documentación para su incorporación al expediente. Así lo hizo la sociedad mediante escrito presentado por doña Rosa Huguet Figueras, al que adjuntó fotocopias de los resguardos para el interesado de fecha 26 de abril de 2013 siendo, el primero de ellos, recibo de la cantidad entregada a cuenta y el segundo para el pago del anuncio en el «BORME».

IV

Por Resolución de 8 de mayo de 2013 el Registrador Mercantil núm. 5 de Barcelona acordó estimar la solicitud de la socia minoritaria. Tras señalar que la entidad mercantil solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que en el nombramiento voluntario de auditor puede enervar el derecho del socio cuando 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. 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 1.227 del Código Civil que el nombramiento voluntario fue hecho con anterioridad a la solicitud del socio minoritario, 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). Es de advertir que en el presente caso, no se ha acreditado en relación al ejercicio de 2012 que exista tal nombramiento voluntario de auditor anterior a la presentación de la solicitud del socio, ya que el nombramiento del auditor, según se alega en el escrito de oposición –y figura en el Acta Notarial de Junta y en la Certificación en extracto de nombramiento de auditor presentada en este Registro–, se efectuó por el plazo de un año, a contar desde el 1 de enero de 2013, sin perjuicio de su reelección indefinida. A mayor abundamiento, aún en el caso de que dicho nombramiento hubiese sido realizado en relación al ejercicio 2012, en el supuesto que nos ocupa, ninguna de las condiciones aparecerían cumplidas, ya que dicho nombramiento no se adecuaría a lo establecido por el artículo 1.227 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 obra en el escrito de aceptación fue legitimada en fecha 16 de abril de 2013, y, por tanto, el nombramiento no puede considerarse previo a la solicitud –remitida por correo certificado el día 21 de marzo de 2013 y causando asiento de presentación en este Registro el día 25 del mismo mes y año–; y por otro lado, no aparecería cumplida la segunda de las condiciones requeridas a fin de que pueda entenderse enervado el derecho del socio instante del presente expediente (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 21 de enero de 2008, 22 de octubre de 2009 y 24 de junio de 2010, entre otras). Respecto a la alegación realizada por la representación social de la mercantil oponente, relativa a que el promotor del expediente actúa con mala fe, debe precisarse que existe abundantísima doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalando 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 contrarío, 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 sólo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 1.902 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 22 de octubre de 2010, entre otras). En cuanto a la alegación relativa a que el socio «Ángela Moreno Vadillo, S.L.» había solicitado y obtenido del Registro Mercantil el nombramiento de auditor en relación al ejercicio de las cuentas anuales de 2011, tan solo decir que, el que se estén auditando las cuentas a solicitud del mismo socio en el ejercicio 2011 no impide que vuelvan a serlo en el ejercicio 2012 que se solicita, puesto que se trata de un derecho que puede ser reiterado anualmente siempre que se reúnan los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos (en este sentido pueden verse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 de enero, 18 de septiembre y 29 de octubre de 2009, entre otras).

V

Contra dicha Resolución la indicada representación social interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, resumidamente: 1.º) Que se produjo un error en la

trascripción del acuerdo de la Junta General Extraordinaria de 24 de octubre de 2012, dado que como es lógico la designación de auditor de cuentas no pudo ser para el ejercicio 2013, sino que fue designado para verificar las cuentas del ejercicio 2012. 2.º) Que ninguna Resolución de la Dirección General exige que la aceptación del auditor sea anterior a la presentación de la solicitud en el Registro Mercantil. 2.º) Que, dado que el nombramiento de auditor se efectuó por la Junta general de socios, este acuerdo es obligatorio para la sociedad por disponerlo así el artículo 159.2 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 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 minoritario que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo oportuno legalmente exigibles.

La doctrina sentada en esta materia por esta Dirección General doctrina que vuelve aquí a reiterarse ha sido terminantemente clara: el nombramiento de auditor voluntariamente efectuado por la sociedad de capital enerva el derecho del socio minoritario a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas puesto que el vigente artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, correspondiente al derogado artículo 205.2 LSA de 1989, lo que pretende es que se faciliten al socio las cuentas anuales verificadas por un auditor independiente, sin que sea determinante a instancia de quién haya sido designado este auditor, Juez, Registrador u Órganos sociales, ya que la independencia de cualquier auditor queda garantizada por las previsiones de la propia Ley de Auditoría de Cuentas, su Reglamento de desarrollo y las propias Normas Técnicas de Auditoría.

Ahora bien, siempre se ha exigido además se cumpla una doble condición: *a)* Que se haya efectuado el nombramiento del auditor por la sociedad con anterioridad a la presentación de la instancia por el minoritario pidiendo el nombramiento de auditor al Registro; y *b)* Que se haya garantizado ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, garantía que únicamente puede procurársele bien a través de la inscripción del nombramiento del auditor en el Registro Mercantil, bien por haberse puesto a disposición del socio el informe de auditoría correspondiente o bien por la incorporación del citado informe al propio 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 sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios, que podría eludir fácilmente a través del sencillo procedimiento de retrasar indefinidamente la presentación de las cuentas.

En el caso que nos ocupa, si bien es cierto que la sociedad designó auditor de cuentas en enero de 2013, no hay constancia sino hasta el 16 de abril de 2013 de que la firma auditora designada hubiera aceptado el encargo de auditoría a través de su representante, por lo que no puede entenderse que la contratación de la auditoría fuese previa a la presentación de la instancia del socio en el Registro mercantil.

Tampoco se ha garantizado el derecho de la solicitante al informe de auditoría, toda vez que en el momento de adoptarse la presente Resolución, la sociedad no lo ha incorporado al expediente, ni hay constancia de que lo haya trasladado a la socia solicitante, ni tampoco que se haya procedió a la inscripción del nombramiento. Por tanto, aún siendo cierto que los acuerdos adoptados por la Junta General son obligatorios para todos los socios, incluidos los disidentes, no es menos cierto que la posibilidad de enervación del derecho del socio al nombramiento registral de auditor de cuentas, es una excepción a la norma y, como tal, solo puede aceptarse si se garantiza, ineludiblemente, al socio el informe de auditoría del ejercicio económico que solicitó en este caso el 2012.

2.º También debe rechazarse la pretensión de enervar el derecho de la solicitante atribuyéndole intenciones oblicuas pues, como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, 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 pueden presumirse nunca. Quienes se sientan perjudicados por la actuación supuesta maliciosa, tendrá expedita 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 «Distribución de Frío HDF, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 5 de Barcelona el 8 de mayo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. IV de Barcelona.

Resolución de 2 de septiembre de 2013 (41.ª)

En el expediente 158/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Morato Retail Spain, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la sociedad «Morato Spain, S.L.», en calidad de Administrador de la misma presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 25 de marzo de 2013 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 33% del capital social de «Morato Retail Spain, S.L.», el nombramiento de un Auditor de Cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante debería exponer su motivación para tal petición y no lo ha hecho, solicitándose que concrete sus razones, ya que, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital ampara el derecho del socio a ser informado de la contabilidad social, pero ello no puede ir en detrimento de la sociedad, por eso la motivación de la solicitud que exige el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil busca proteger a la sociedad de peticiones temerarias y de los costes que ello conlleva. 2.º) Que la contabilidad de la sociedad ha estado siempre a disposición de los socios y el solicitante hizo uso de su derecho cuando vio la información contable puesta a su disposición en el domicilio social antes de la Junta General Extraordinaria convocada para el 12 de diciembre de 2012; Junta a la que no asistió y que se convocó para acordar una ampliación de capital de 150.000 euros para cubrir el pasivo de la sociedad y poder atender obligaciones con terceros, de dicha ampliación «Morato Spain, S.L.» tan sólo suscribió 6.000 euros, siendo su actual participación de un 9,5% del capital social. 3.º) Que, con posterioridad a la citada Junta y ampliación de capital, un proveedor de la sociedad mandó un requerimiento de pago de una factura, contabilizada como unos «extras», de los cuales la sociedad no tenía noticia, por

trabajos encargados por el Sr. ….., quien gestionó la sociedad hasta agosto de 2012. 4.º) Que el administrador de la sociedad «Morato Retail Spain, S.L.», encargó a principios de marzo una auditoría de las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2012, dicha auditoría está iniciada y prevé concluirse a finales de abril. 5.º) Que la sociedad está en pérdidas y sería un gasto superfluo encargar otra auditoría para el mismo ejercicio, cuyo coste la sociedad probablemente no pueda atender.

III

La Registradora Mercantil núm. 1 de Barcelona, mediante oficio de fecha 15 de abril de 2013, requirió a la sociedad para que en el plazo de 10 días hábiles, a contar desde la fecha de recepción del citado oficio, presentara en esta Oficina documento o documentos públicos, o privados, de donde resultase el nombramiento y la aceptación del auditor nombrado voluntariamente por parte de la sociedad, con firmas legitimadas notarialmente; o bien presentara la documentación pertinente que permitiera la inscripción de la designación de auditor alegada. A dicho requerimiento, la sociedad contestó mediante escrito de 29 de abril de 2013, suscrito por don ….., en calidad de Apoderado de la sociedad «Morato Retail Spain, S.L.», al que se adjuntaba documento de propuesta de actuación profesional, de fecha 6 de marzo de 2013, para la realización de un informe de auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2012 de la sociedad «Morato Retail Spain, S.L.», suscrito y firmado por don ….. Berlanga, en nombre y representación de «Aberalia Auditors, S.L.» y por don ….., en representación de la mercantil «Morato Retail Spain, S.L.», cuyas firmas constan legitimadas por la Notaria de Barcelona doña María Isabel Gabarro Miquel, en fecha 23 de abril de 2013.

IV

Por Resolución de 6 de mayo de 2013 la Registradora Mercantil núm. I de Barcelona 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 Dirección General de los Registros y del Notariado 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 (pueden verse al respecto las resoluciones del citado Centro Directivo de fechas 22 de abril, 5 de julio y 23 de septiembre de 2010, entre otras). 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 haber sido calificada con defectos subsanables, el socio minoritario reunía, conforme al Registro, el porcentaje alegado en el escrito de solicitud. Por ello, las alegaciones de la sociedad no han logrado, en modo alguno, desvirtuar la titularidad manifestada por la sociedad solicitante, 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 el acuerdo de la Junta General de 12 de diciembre de 2012 no fue presentado en el Registro Mercantil hasta el 5 de abril de 2013 y calificado con defectos, no ha llegado todavía a inscribirse. Consecuentemente, se ha de concluir que el socio minoritario reunía, en la fecha en la que presentó su instancia en el Registro Mercantil, el porcentaje de capital social indicado en su instancia de solicitud. Respecto a la alegación relativa a que la sociedad solicitante no ha expuesto su motivación para efectuar la petición de nombramiento de auditor de cuentas; es necesario poner de

manifiesto sobre dicha cuestión 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 (en este sentido pueden verse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio y 7 de octubre de 2010, entre otras). En relación a la manifestación relativa a que la contabilidad de la sociedad ha estado siempre a disposición de los socios, y que el solicitante hizo uso de su derecho cuando vio la información contable en el domicilio social con motivo de convocatoria de Junta General Extraordinaria convocada para el 12 de diciembre de 2012, cabe decir que 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 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. Tampoco pueden prosperar en el presente caso las alegaciones relativas a las supuestas irregularidades cometidas por el Sr. ….. durante la gestión de la sociedad «Morato Retail Spain, S.L.», gestión que llevó a cabo hasta agosto de 2012. En cuanto a las presuntas irregularidades alegadas por la oponente, cabe significar, que dicho argumento resulta indiferente a los efectos de este procedimiento, ya que, según doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, las consecuencias de posibles actuaciones desleales, de ser estimadas judicialmente, nunca supondrán, por su atipicidad legal (téngase en cuenta que se trata de una sociedad de responsabilidad limitada), la pérdida de la condición de socio y, consiguientemente de la necesaria legitimación para ejercitar los derechos que, como el de solicitar el nombramiento de auditoría, van anejos a esa condición (pueden verse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de abril de 1992, 10 de noviembre de 2006 y 30 de mayo de 2007, entre otras. A mayor abundamiento, y en relación a las motivaciones del solicitante, debe precisarse, que existe abundantísima doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalando 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 contrarío, 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

sólo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 1.902 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 22 de octubre de 2010, entre otras). En cuanto al nombramiento de auditor alegado por la sociedad, debe señalarse que según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, tan sólo indicar que lo que la Ley ha pretendido es que los socios tengan a su disposición unas cuentas anuales verificadas por un auditor, y como señala la propia sociedad oponente en su escrito, sin que sea determinante a instancia de quien haya sido designado ese auditor –Juez, Registrador u órganos sociales– ya que su independencia queda garantizada por las previsiones de la propia Ley de Auditoría de Cuentas, su Reglamento de desarrollo y las propias Normas Técnicas de Auditoría, constituyendo causa de oposición que enerva el derecho que al socio confiere el artículo 262 de la Ley de Sociedades de Capital la existencia de nombramiento de auditor por la Junta o incluso el encargo, por parte de los administradores, de verificación de las cuentas anuales a un profesional independiente con anterioridad a la solicitud del socio. Ello no obstante, debe manifestarse que el nombramiento voluntario de auditor efectuado por una sociedad no obligada a la verificación de sus cuentas anuales únicamente puede ser considerado como causa que enerva el derecho que el artículo 262.2 de la Ley de Sociedades de Capital concede al socio siempre que concurran los dos requisitos siguientes: *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 1.227 del Código Civil que el nombramiento voluntario fue hecho con anterioridad a la solicitud del socio minoritario, pues en caso contrarío 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 supuesto que nos ocupa ninguna de las condiciones aparecen cumplidas. Por un lado, resulta que el documento de propuesta de actuación profesional de fecha 6 de marzo de 2013 –citado en el Hecho segundo de la presente Resolución– fue aportado a este Registro por primera vez, adjunto al escrito de oposición, en fecha 9 de abril de 2013, sin constar las firmas legitimadas, y posteriormente fue nuevamente aportado en fecha 29 de abril de 2013, con firmas legitimadas el día 23 del mismo mes y año, por lo que no puede considerarse previo a la solicitud, ya que no se adecua a lo establecido por el artículo 1.227 del Código Civil: «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 entregase a un funcionario público por razón de su oficio», por tanto, no constando la anterioridad de este documento respecto a la fecha de presentación de la instancia por la que se solicita el nombramiento de auditor de cuentas de 25 de marzo de 2013, se ha de concluir que no puede enervar el derecho del solicitante. Pueden verse al respecto resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 27 de abril y 22 de junio de 2010, y 1 de marzo de 2011, entre otras. Por otro lado, no aparece cumplida la segunda de las condiciones requeridas a fin de que pueda entenderse enervado el derecho del referido socio toda vez que no se ha garantizado ineludiblemente al mismo la existencia de la auditoría por ninguno de los medios señalados. Finalmente, en cuanto a la alegación relativa a la probable imposibilidad de asumir los costes de la auditoría al encontrarse la sociedad «Morato Retail Spain, S.L.» en pérdidas y tener dificultades para atender sus obligaciones, hay que señalar, que la sociedad solicitante del presente expediente ha optado por ejercer el derecho que le concede el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y lo que el legislador ha querido, y así lo

señala expresamente el citado artículo 265.2, sin que quepa margen interpretativo alguno, es 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 que el único motivo de oposición es que la sociedad nombró voluntariamente auditor de cuentas para el ejercicio 2012, nombramiento que fue previo a la presentación de la solicitud en el Registro Mercantil. Adjunto a su escrito el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 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.

Dado que en este trámite de alzada ante la Dirección General el recurrente reduce las causas de oposición a la de la previa existencia de la auditoría voluntaria contratada por la sociedad, esta Resolución se contraerá a dilucidar si, como indica, dicha auditoría puede enervar el derecho de la entidad mercantil solicitante.

Sobre esta cuestión es doctrina consolidada de este Centro Directivo 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 y, por ello, 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, es cierto que la aceptación del auditor fue presentada en el Registro Mercantil con posterioridad a la instancia de la entidad mercantil solicitante. Sin embargo, de una valoración conjunta de las pruebas aportadas se llega a la convicción de que el nombramiento fue previo a la solicitud, habiéndose manifestado por el representante de la sociedad en su escrito de oposición que se produjo un nombramiento de auditor anterior a la entrada de la solicitud del minoritario en el Registro Mercantil y habiéndose aportado al recurso de alzada el informe de auditoría. Por tanto, aunque no haya fecha fehaciente, no existen razones para presumir falsedad en la declaración o fraude a los derechos del minoritario que, de haberse producido, debería ser cuestión a ventilar ante los Tribunales de Justicia y no en el marco de este expediente que únicamente tiene por objeto la revisión por un auditor de las cuentas anuales de un determinado ejercicio. En este caso resulta del propio expediente con toda claridad que el derecho del minoritario ha quedado garantizado con el informe elaborado por el auditor voluntariamente designado, informe puesto a disposición de minoría en tiempo idóneo y en el contexto del propio expediente, que es precisamente lo que pretende asegurar con su tramitación el artículo 265.2 de la LSC.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de «Morato Retall Spain, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil núm. 1 de Barcelona el 6 de mayo de 2013.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. I de Barcelona.

Resolución de 6 de septiembre de 2013

En el expediente 134/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Grijota Golf, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Palencia el 26 de marzo de 2013 solicitando como socio de la entidad mercantil «Grijota Urbanizaciones, S.L.» que a su vez es titular del 99'87% del capital social de «Grijota Golf, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012. Fundó su pretensión en los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Alegó ser titular de forma indirecta de más del 5% del capital de «Grijota Golf, S.L.» y adjuntó a su instancia copia de la escritura de constitución de la entidad mercantil «Grijota Urbanizaciones, S.L.», así como copia de la escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales de «Grijota Golf, S.L.» autorizada esta última por el Notario de Valladolid don Julio Herrero Ruíz, bajo el núm. 3703 de su protocolo.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que se trata de una sociedad no obligada legalmente a auditar sus cuentas anuales. 2.º) Que el solicitante ostenta exclusivamente el 0,01% en el capital social de la entidad mercantil cuya auditoría solicita. 2.º) Que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital exige ostentar la propiedad de al menos el 5% de capital social para ejercitar el derecho a la verificación contable, requisito éste que el solicitante no cumple. 3.º) Que el solicitante no es administrador de la entidad mercantil «Grijota Urbanizaciones, S.L.» y, consecuentemente, no puede solicitar en su nombre el nombramiento de auditor de cuentas. Adjuntó a su instancia copia de escritura de cese y nombramiento de cargos y de aumento de capital social de la entidad mercantil «Grijota Golf, S.L.».

III

A la vista de dicho escrito, el Registrador Mercantil de Palencia con fecha de 8 de abril de 2013 lo trasladó al solicitante del nombramiento registral de auditor de cuentas para que alegara lo que estimara oportuno en defensa de su derecho. Así lo hizo el solicitante mediante escrito de 15 de abril de 2013.

IV

El Registrador Mercantil de Palencia, con fecha 29 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Mantuvo que dos son los requisitos que deben cumplirse para ejercer el derecho establecido en el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital en conexión con el artículo 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Por un lado que el accionista tenga al menos el 5% del capital social y que la solicitud se presente dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social. En el presente caso, el requisito temporal se cumple perfectamente puesto que la solicitud se ha presentado en el Registro Mercantil dentro de los tres meses siguientes del cierre del ejercicio social. Respecto a la alegación de ser una sociedad no obligada a auditar sus cuentas, decir únicamente que éste es precisamente el supuesto que contempla el artícu-

lo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, que las sociedades no obligadas pasan a estarlo cuando lo solicitan los socios que reúnen al menos el 5% del capital social.

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 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 19 de marzo 30 de abril, 28 de mayo de 2005, 13, 16, 20 y 21 de febrero, 23 de marzo y 19 de abril de 2006 y 3 de septiembre de 2007.

La única cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si el solicitante de la auditoría de cuentas para la sociedad «Grijota Golf, S.L.» puede obtener el nombramiento registral de auditor para dicha empresas no obligada a la verificación contable cuando, en realidad, formula su petición en calidad de socio de «Grijota Urbanizaciones, S.L.» y deduce su pretensión como titular, de forma indirecta del 5% del capital social que esta última entidad mercantil citada tiene en «Grijota Golf, S.L.».

Pues bien, dicha pretensión no puede prosperar pues, como ha mantenido este Centro Directivo, para ejercitar el derecho que a los socios minoritarios les reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital se ha de acreditar la propiedad de un número de participaciones sociales o acciones representativas 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, siendo así que la posesión indirecta de acciones o participaciones sociales no puede tenerse en cuenta en este procedimiento.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por Don José Garrido Burgos, administrador de «Grijota Golf, S.L.», y anular, en los términos que resultan del fundamento jurídico único de esta Resolución, la dictada por el Registrador Mercantil de Palencia 29 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándo-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 6 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Palencia.

Resolución de 26 de septiembre de 2013 (1.ª)

En el expediente 162/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Narval Pharma, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 21 de marzo de 2013 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 «Narval Pharma, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, el 2 de abril de 2013 y a través de su Administrador Único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el DNI que consta en la instancia trasladada a la sociedad tiene una numeración diferente de la que consta en las escrituras fundacionales correspondientes a la socia, por lo que se desconoce la legitimación que ostenta. 2.º) Que, aún cuando la sociedad no está obligada a la verificación contable, viene realizando los trabajos de auditoría la entidad «Basard Auditores, S.L.P.».

III

Por escrito presentado en el Registro Mercantil el 2 de abril de 2013 doña Virginia Nieves Mascullán denunció el error padecido en su instancia respecto a la numeración de su DNI procediendo a su subsanación en ese mismo escrito.

IV

El Registrador Mercantil núm. 3 de Madrid trasladó a la sociedad este último escrito presentado por la peticionaria, con el fin de que pudiera formular alegaciones. Lo que así hizo la indicada representación social mediante escrito de presentado el 15 de abril de 2013 en el que reiteraba su oposición al nombramiento de auditor y adjuntaba fotocopia de la aceptación de propuesta de actuación profesional de la entidad mercantil auditora, de 12 de diciembre de 2011, relativa a la auditoría de las cuentas de los ejercicios 2011, 2012 y 2013.

V

El Registrador Mercantil núm. 3 de Madrid, con fecha 19 de abril de 2013, acordó como diligencia para mejor proveer requerir a la sociedad para que en el plazo de diez días acreditara fehacientemente la fecha del nombramiento voluntario de auditor de cuentas, advirtiendo que debía proceder a la inscripción del nombramiento, a la entrega al socio del informe de auditoría o bien a su incorporación al expediente. Con fecha de 30 de abril de 2013 la sociedad solicitó la inscripción del nombramiento voluntario de auditor de cuentas.

VI

Por Resolución de 27 de mayo de 2013, el Registrador Mercantil núm. 3 de Madrid acordó desestimar la oposición de la sociedad. Mantuvo que si bien es verdad que la existencia de una auditoría enerva el derecho del socio minoritario, dicha circunstancia ha de probarse por parte de la sociedad, pues de lo contrario se vería defraudado el derecho del socio. Y, en este punto, según ha declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado en reiterada doctrina, «siendo la finalidad del artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (actual 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital) facilitar a los socios minoritarios una información veraz de la situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participa, mediante el correspondiente informe de auditoría realizado por un experto independiente, no frustra la finalidad del precepto el origen del nombramiento –Juez, Registrador Mercantil u órganos sociales–, pues la independencia y objetividad del auditor quedan garantizadas por las propias normas legales y reglamentarias que regulan la actividad de auditoría. Ahora bien, según manifiesta la propia Dirección General en diversas resoluciones «siempre se ha exigido que dicho nombramiento satisfaga una doble condición: *a)* Que se haya contratado con anterioridad a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil; y *b)* Que se garantice ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicho informe, lo cual solo puede obtenerse mediante la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, o mediante la incorporación del informe de auditoría al expediente o bien mediante su puesta a disposición del socio». En el presente caso y trascurrido en exceso el plazo concedido, no se aportó al expediente la documentación requerida. No obstante, consultados los archivos del Registro resulta que con fecha 30 de abril de 2013, se presentó a inscribir por la sociedad el nombramiento de auditor de cuentas efectuado por el Administrador Único y la aceptación del mismo, todo ello por escritos fechados los días 14 y 15 de diciembre de 2011, y si bien las fechas de ambos son previas a la presentación de la solicitud, las firmas no fueron legitimadas hasta el día 30 de abril de 2013, siendo ésta la única que puede considerarse en este caso como fehaciente, en aplicación del artículo 1.227 del Código Civil, según el cual, entre otros supuestos ajenos al presente, la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros –y en este

caso el solicitante lo es –sino desde el día que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio, y la única entrega fehaciente es la de la legitimación de firmas de la certificación expedida por el Administrador Único y la del escrito de aceptación de los auditores designados. Consecuentemente no puede entenderse acreditado que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas fuera previo a la entrada de la solicitud en el Registro. 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, en este caso, la inscripción o no del nombramiento de auditor de cuentas llevado a cabo por la sociedad o que se pudiera hacer entrega del informe de auditoría, pues dicho nombramiento no enerva el derecho del socio.

VII

Contra dicha Resolución la indicada representación social interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad ha acreditado la propuesta de auditoría para los ejercicios 2011, 2012, 2013 y aceptada por la empresa auditora. 2.º) Que a la Junta General convocada mediante anunció en el «BORME» el 16 de julio de 2012 no asistió la solicitante de la auditoría de cuentas, que nunca se ha interesado por la información contable que la administración social puso a su disposición. 3.º) Que esta falta de interés por la marcha de la sociedad prueba la mala fe con la que actúa, queriendo generar un gasto innecesario a la empresa.

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 minoritario que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo oportuno legalmente exigibles.

La doctrina sentada en esta materia por esta Dirección General –doctrina que vuelve aquí a reiterarse– ha sido terminantemente clara: el nombramiento de auditor voluntariamente efectuado por la sociedad de capital enerva el derecho del socio minoritario a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas puesto que el vigente artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, correspondiente al derogado artículo 205.2 LSA de 1989, lo que pretende es que se faciliten al socio las cuentas anuales verificadas por un auditor independiente, sin que sea determinante a instancia de quién haya sido designado este auditor, Juez, Registrador u Órganos sociales, ya que la independencia de cualquier auditor queda garantizada por las previ-

siones de la propia Ley de Auditoría de Cuentas, su Reglamento de desarrollo y las propias Normas Técnicas de Auditoría.

Ahora bien, siempre se ha exigido además se cumpla una doble condición: *a)* Que se haya efectuado el nombramiento del auditor por la sociedad con anterioridad a la presentación de la instancia por el minoritario pidiendo el nombramiento de auditor al Registro; y *b)* Que se haya garantizado ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, garantía que únicamente puede procurársele bien a través de la inscripción del nombramiento del auditor en el Registro Mercantil, bien por haberse puesto a disposición del socio el informe de auditoría correspondiente o bien por la incorporación del citado informe al propio 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 sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios, que podría eludir fácilmente a través del sencillo procedimiento de retrasar indefinidamente la presentación de las cuentas.

En el supuesto analizado, de la documentación que consta en el expediente se desprende que la sociedad si bien procedió a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas, no ha llegado a probar que éste fuera previo a la solicitud de la minoría, presentada en el Registro Mercantil el 21 de marzo de 2013, dado que como indicó el Registrador Mercantil en la documentación presentada por la sociedad la primera fecha fehaciente que consta es la de 30 de abril de 2013, fecha en la que fueron legitimados notarialmente los escritos de 14 y 15 de diciembre de 2011, en los que constan el nombramiento de auditor de cuentas por el Administrador Único de la sociedad y la aceptación por parte del auditor nombrado y, en consecuencia no concurre uno de los requisitos exigidos por este Centro Directivo para que el nombramiento voluntario de auditor enerve el derecho del socio minoritario.

2.º Por lo demás, deben rechazarse las restantes alegaciones formuladas por la sociedad en el escrito de interposición del recurso. En efecto, como también ha mantenido este Centro Directivo, el que la socia minoritaria no haya ejercido su derecho de información no puede impedir ni condicionar el ejercicio del derecho a la verificación contable, dado 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º Tampoco puede enervar el derecho de la peticionaria la alegación de la sociedad que cuestiona su buena fe, pues el limitado ámbito de conoci-

miento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide examinar las motivaciones que la han llevado a instar la auditoría, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(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 «Narval Pharma, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 3 de Madrid el 27 de mayo de 2013.

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

Madrid, 26 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 3 de Madrid.

Resolución de 26 de septiembre de 2013 (2.ª)

En el expediente 163/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Grenani Diagonal, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 27 de marzo de 2013 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 50% del capital social de «Grenani Diagonal, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2012.

II

El Registrador Mercantil núm. 15 de Barcelona, el 5 de abril de 2013, a la vista de la anterior instancia, acordó requerir al solicitante para que indicara los datos de identificación de la sociedad. Lo que así hizo éste mediante escrito de 19 de abril de 2013 en el que ponía de manifiesto que la denominación social es «Grenani Diagonal BCN, S.L.», indicando, asimismo, los datos de identificación registral. Adjuntó a su escrito Modelo 200 relativo a la declaración del Impuesto sobre Sociedades correspondiente al ejercicio de 2009 de la sociedad «Grenani Diagonal BCN, S.L.», donde se consignó que don ….., con NIF 21.777.457E, es titular del 25,03% de las participaciones de la citada mercantil por un valor nominal de 776 euros. Copia de la escritura de compraventa de participaciones sociales, otorgada en fecha 15 de mayo de 2006, ante el Notario de Barcelona don Ignacio C. Permanyer Casas, número 2.065 de protocolo, de la que se desprende que don ….. compró 930 participaciones sociales, núms. 2.016 al 2.945, ambos inclusive, de la mercantil «Grenani Diagonal BCN, S.L.». Copia de la escritura de compraventa de participaciones sociales, otorgada en fecha 31 de mayo de 2006, ante el Notario de Barcelona don Ignacio C. Permanyer Casas, número 2.342 de protocolo, de la que se desprende que don ….. vendió 186 participaciones sociales, núms. 2.016 al 2.201, ambos inclusive, de la sociedad. Copia de la escritura de compraventa de participaciones sociales, otorgada en fecha 4 de febrero de 2009, ante el Notario de Barcelona don Ignacio Permanyer Casas, núm. 188 de protocolo, de la que se desprende que don ….., provisto de número de identificación fiscal 21.777.457-E, compró 32 participaciones sociales, núms. 2.170 al 2.201, ambos inclusive, de la sociedad.

III

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta, a través de su representante don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis, que la firma de los escritos presentados en ese Registro no se corresponde con la que consta en su DNI ni en la escritura pública de cese de administrador de la misma. Añadió que la sociedad no fue notificada en el domicilio que el solicitante reseñó en los mencionados escritos.

IV

El Registrador Mercantil núm. 15 de Barcelona, con fecha 9 de mayo de 2013, resolvió denegar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado. Entiende, respecto a las alegaciones formuladas por la representación social, relativas a que la firma de los escritos presentados en este Registro no se corresponde con la del solicitante don ….., y que la sociedad tampoco ha sido comunicada en el domicilio que el solicitante reseña en los mencionados escritos, que las mismas no son causa de oposición que enerven el derecho al nombramiento de auditor de un socio que, como en el presente caso, ha acreditado reunir las circunstancias de capital y tiempo que exigen los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil. En cuanto a la firma que figura en la instancia de solicitud y en el escrito aclaratorio aportado, cabe decir que el Reglamento del Registro Mercantil, al regular el procedimiento sobre nombramiento de auditor, 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 la identidad del solicitante y que

haya sido firmado por el mismo –en este caso se identifica perfectamente al mismo con su nombre, apellido y número de DNI–, como también ha sido suficiente que el escrito de oposición haya sido firmado por quien se identificó como administrador de la sociedad sin que tuviera que acreditar su identidad o la vigencia de su representación. En consecuencia, debe presumirse y reconocerse al solicitante del presente expediente la legitimación necesaria para formular la solicitud de nombramiento de auditor, pues pese a lo manifestado por la oponente y de lo que resulta de la documentación aportada por fotocopia junto al escrito de oposición, no ha sido desvirtuada dicha presunción de legitimación. Si la sociedad entiende que la firma que consta en los citados escritos no se corresponde con la del solicitante, habrá de resolver esta cuestión ante el órgano competente de la jurisdicción civil (pueden verse al respecto resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 22 de junio y 26 de agosto de 2010 y 4 de enero de 2011, entre otras).

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. Añadió: 1.º) Que se espera del Registrador Mercantil que sea garante del procedimiento y que por elementales razones de prudencia se asegure de la identidad del solicitante. 2.º) Que el solicitante nunca ha solicitado información y no ha comunicado a la sociedad el cambio de domicilio para que se le puedan enviar las correspondientes notificaciones.

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, 22 de junio y 26 de agosto de 2010 y 4 de enero de 2011.

1.º La primera cuestión que plantea el presente expediente se centra en determinar si el solicitante de la auditoría acreditó o no su identidad durante la tramitación del procedimiento iniciado a su instancia por la que solicitó el nombramiento de auditor de las cuentas del ejercicio 2012 de la sociedad «Grenani Diagonal, BCN S.L.». Sobre la cuestión de la identificación de las partes intervinientes en este procedimiento, 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 representante de la sociedad y Administrador Único, sin que tuviera que acreditar su identidad o la vigencia de su representación.

Si la sociedad considera que la firma que consta en los citados escritos no se corresponde con la del solicitante, deberá deducir su pretensión ante el órgano competente de la jurisdicción civil.

2.º Entiende la sociedad que el solicitante no es quien dijo ser, puesto que don …..., nunca se dirigió al órgano de administración para obtener información sobre la marcha de la sociedad. Sobre esta cuestión se ha de recordar al recurrente la doctrina mantenida por este Centro Directivo señalando que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado previamente información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto don …..., Administrador Único de «Grenani Diagonal BCN, S.L.», contra la Resolución dictada por el Registrador Mercantil Núm. 15 de Barcelona el 9 de mayo de 2013.

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

Madrid, 26 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 15 de Madrid.

Resolución de 26 de septiembre de 2013 (3.ª)

En el expediente 164/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Algón Editores, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Granada el 14 de marzo de 2013 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 «Algón Editores, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012.

Por su parte, don …..., presentó un escrito el 23 de marzo de 2013 en ese mismo Registro Mercantil de Granada en el que solicitaba, 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 «Algón Editores, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012.

II

Trasladadas ambas instancias a la sociedad, el 23 de marzo de 2013, por correo certificado con acuse de recibo, fueron devueltas por el servicio de correos con la diligencia de desconocido. A la vista de dicha devolución el Registrador Mercantil de Granada ordenó su trasladó a la administradora única de la sociedad.

III

El 14 de mayo de 2013 tuvo entrada en el Registro Mercantil un escrito de Doña Susana Garrido López, administradora única de la sociedad oponiéndose a la solicitud presentada por don Rafael Ceballos Atienza y solicitando: 1.º) Que se aplace su Resolución por el Registro Mercantil, hasta que recaiga Sentencia judicial firme que confirme o desestime el acuerdo de exclusión del socio solicitante de dicha sociedad, sobre todo teniendo en cuenta que dicho aplazamiento no vulneraría el derecho de información de los demás socios, dado que uno de ellos ya solicitó tal designación de auditor en tiempo y forma. 2.º) Que tal petición de aplazamiento se funda en las graves irregularidades cometidas por el Sr. Ceballos Atienza y en la inadecuada gestión que desarrolló. 3.º) Que los trabajos de auditoría que debe desarrollar el auditor nombrado por el Registrador Mercantil de Granada para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2011 no se han iniciado, en gran medida por la falta de colaboración del solicitante, Sr. Ceballos Atienza para la auditoría del ejercicio 2010. Es una práctica reiterada en la auditoría de sociedades que si las cuentas de cierre del ejercicio anterior, el auditor que verifique las del siguiente ejercicio han de informarse con la salvedad de que sus conclusiones son provisionales.

IV

El 20 de mayo de 2013 el Registrador Mercantil de Granada, tras acordar la acumulación de los expedientes iniciados a ambas instancias, estimó la solicitud de auditoría formulada por los socios minoritarios. Mantuvo, respecto a la petición de la administradora única de aplazamiento de la Resolución de la solicitud de don ….., fundada en la falta de formulación y aprobación de los cuentas anuales del ejercicio 2011 y, a conse-

cuencia de ello, en la falta de informe de auditoría de cuentas emitido por el auditor nombrado por el Registrador Mercantil para el año anterior, que el derecho del socio minoritario es independiente para cada ejercicio, no siendo obstáculo para su ejercicio ni el cierre de hoja por falta de depósito de cuentas (RDGRN de 30 de agosto de 2002), ni la alegación de que no se han formulado aún las cuentas anuales y, por tanto, no hay nada que auditar, que aún siendo cierta no puede prosperar, según doctrina reiterada de la DGRN, y que es un derecho que la Ley reconoce al socio que reúna los requisitos de legitimación, en cuanto a la titularidad de un mínimo de un 5% del capital social, y tiempo de presentación de la solicitud que se dice en el artículo 265.2 de la LSC, sin que puedan exigirse otros requisitos adicionales no previstos por la ley. En cuanto a las alegaciones que apoyan esta misma petición de aplazamiento hasta que se dicte sentencia judicial firme que confirme o desestime su exclusión como socio de don ….., el Registrador Mercantil señaló que: *a)* La exclusión de socios, regulada en los artículos 350 y siguientes del TRLSC, es un recurso sancionado/– de carácter excepcional, que se da en el seno de las sociedades de capital y que consiste básicamente en la Resolución parcial del contrato social mediante la salida forzosa del socio que ha incumplido alguna de las reglas contractuales básicas. La excepcionalidad del procedimiento es tal que cuando el socio excluido ostenta una participación superior al 25% del capital social y no se conforma con la exclusión, se precisa Resolución judicial firme sobre la cuestión, no siendo suficiente el acuerdo social mayoritario, como claramente establece el apartado 2 del artículo 352 de la LSC.– 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 inicio del iter jurídico que concluirá con el otorgamiento de la correspondiente escritura publica en la que se dé cumplimiento a lo previsto en los artículos 350 y siguientes del LS. C. Al artículo 208 del MR., con el reembolso de sus participaciones al socio o socio excluidos, como así se reconoció en la RDGRN de 12 de febrero de 2003. *b)* Que en el expediente que nos ocupa, resulta acreditado la existencia del juicio ordinario 365/2011, tramitado ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada, como así consta en el expediente de nombramiento de auditor 2/2012 según resulta de este archivo, que según alega la Administradora Única se celebraría con fecha 14 de mayo de 2013 dicho juicio en el que se dictaría Resolución; pero aún a pesar de que se dictase dicha Sentencia no sabemos si será firme o no o si se conformará don Rafael Ceballos Atienza con la Resolución que se dicte; y si se acordará la exclusión, debe de fijarse aún el valor de las participaciones sociales, y que el socio excluido esté de acuerdo, por lo que no cabe, por tanto, aplazar la solicitud de nombramiento de auditor, ya que puede alargarse tanto en el tiempo, que no se garantice el interés que la norma trata de proteger a través del artículo 265.2 de la LSC. *c)* Que no se pueden atribuir efectos retroactivos a dicho acuerdo de exclusión, ya que el socio excluido pierde tal carácter cuando culmina el itera jurídico que se inicia con el acuerdo y pasa a ser acreedor de la entidad por el valor de las 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 éste en una situación marginal, para que se haga efectivo dicho derecho de valoración, por lo que se mantiene la condición de socio, mientras no termine ese iter jurídico, cuestión que ha sido puesto de manifiesto en el Auto de fecha 29 de noviembre de 20/0, núm. 241/2010, dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Granada, al tratar un asunto de convocatoria de Junta General de socios. *d)* Que para mayor abundamiento, «a Sens contrarío», la exclusión de socios en las sociedades limitadas profesionales recibe un tratamiento diferente al establecido en la LSC, ya que en el artículo 14 de la Ley 2/2007 que las regula dice que la exclusión «será eficaz desde que se notifique al socio afectado», y en el artículo 16] de la misma ley, en cuanto a la valo-

ración de las participaciones, dice que «el contrato social podrá establecer libremente criterios de valoración o cálculo con arreglo a las cuales haya de fijarse el importe de la cuota de liquidación que corresponda a las participaciones del socio profesional separado o excluido», lo que no es posible en el caso de la regla general para las sociedades limitadas, artículo 353 de la LSC, que establece que a falta de acuerdo, serán valoradas por un auditor de cuentas distinto de la sociedad, designado por el Registrador Mercantil. e) Que no se puede prescindir de la petición formulada por don ….., porque aquél señor tiene dicho derecho, si reúne los requisitos de legitimación y tiempo, sin que quede limitado por el ejercicio de otro socio del mismo derecho. Además, la sociedad no se ha opuesto al nombramiento de auditor solicitado por el socio don ….., por lo que procede el nombramiento de auditor, que deberá ser único para las dos peticiones. La cuestión que se suscitaría es que si desistiese posteriormente de su petición don ….. y se aplazase la tramitación del expediente de la petición de don ….., dicho desistimiento debe de realizarse con el consentimiento de don ….., en virtud de lo dispuesto en el artículo 91 de la LPA y artículo 6.2 del Código Civil, ya que dicha renuncia no puede perjudicar a terceros, y sin que deba confundirse el derecho de información que ostenta.

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, básicamente, las alegaciones de su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de repetición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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 29 de junio de 2010.

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la Resolución dictada por el Registrador Mercantil de Granada que, siendo ajustada a derecho, no es desvirtuada por ninguna de las alegaciones formuladas por la recurrente. En efecto, el hecho de que el socio minoritario haya solicitado la auditoría de cuentas para la verificación de las correspondientes a ejercicios anteriores –en este caso, el ejercicio 2011– no impide en modo alguno que pueda solicitarla en ejercicios posteriores y ello aunque dichas cuentas no hayan sido formuladas por los administradores ni aprobadas por la Junta, dado que el auditor de cuentas siempre podrá verificar si la contabilidad social se ha llevado o no de manera ajustada a derecho y, en su caso, los socios podrán ejercitar acción de responsabilidad contra los administradores. Es decir, como ha mantenido este Centro Directivo en numerosas resolucio-

nes, el derecho reconocido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es un derecho reiterable y puede ejercitarse anualmente, sin más condiciones que las establecidas en la ley.

2.º Tampoco puede prosperar la petición de la administradora única de aplazar la Resolución de la petición de auditoría formulada por uno de los socios minoritarios, fundada en una futura sentencia judicial que confirmará –alega la recurrente– el acuerdo de exclusión adoptado por la Junta General celebrada el 21 de marzo de 2011. En efecto, como indicó el Registrador Mercantil de Granada, dicho acuerdo no basta por sí solo para que produzca la efectiva exclusión del socio, sino que constituye un hito del procedimiento de exclusión de socios que habrá de continuar con la determinación del valor aproximado de sus participaciones sociales y que culminará con la consignación de las cantidades que la sociedad debe reembolsarle en concepto de precio y con el otorgamiento de escritura pública, en los términos previstos en el artículo 358 de la Ley de Sociedades de Capital. Mientras todas estas circunstancias requeridas por la ley no se cumplan y se acrediten, el peticionario continúa siendo socio, en tanto que sigue siendo propietario de las participaciones que alegó en su instancia y está legitimado a solicitar la auditoría, porque ostenta un porcentaje equivalente al 25% del capital social.

3.º Por último, deben rechazarse las alegaciones sobre la supuesta mala fe del solicitante, dado que, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide a este Centro Directivo examinar las motivaciones que llevaron al socio a formular su petición de auditoría, ya que si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(cfr.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no puedan presumirse nunca. Quienes se sientan perjudicados por la actuación supuestamente maliciosa siempre podrá acudir a 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 doña….., administradora única de «Algón Editores, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Granada de 20 de mayo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 26 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Granada.

Resolución de 26 de septiembre de 2013 (4.ª)

En el expediente 165/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Fiel Canguro, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante, el 21 de marzo de 2013, 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 «Fiel Canguro, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012. Adjuntó a su escrito copia de contratos de compraventa de acciones de fecha 22 de diciembre de 1997 y 2 de mayo de 1996 y pólizas de 25 de noviembre de 1983 y 5 de Noviembre de 1991.

II

La sociedad, a través de su Administrador Único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas, mediante contrato suscrito el día 30 de diciembre de 2012 por el Administrador Único y el representante de la firma auditora. Mantuvo que el socio con su solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas ejercitó de manera abusiva el derecho que la ley le reconoce.

III

El Registrador Mercantil núm. 1 de Alicante, el 24 de abril de 2013, requirió a la sociedad para que acreditara, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.227 del Código Civil que el contrato de auditoría fue anterior a la solicitud formulada por el socio minoritario, aportando copia original del acta autorizada en Alicante, el 9 de abril de 2013 por el Notario de Alicante don Francisco Benítez Ortíz, del que resulta la entrega al solicitante del informe de auditoría de cuentas, emitido el 20 de marzo de 2013 por la sociedad auditora «Auditoría y gestión Empresarial, S.L.», designada por la sociedad y documento original del contrato de auditoría. Así lo hizo la sociedad el 10 de mayo de 2012 mediante suscrito al que adjuntó los documentos originales solicitados.

IV

Por Resolución de 14 de mayo de 2013, el Registrador Mercantil núm. 1 de Alicante, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que para que esta designación pueda enervar el derecho del socio solicitante es necesario que, con arreglo a reiteradísima doctrina de la DGRN se cumplan los dos requisitos: *a)* Que el nombramiento voluntario haya sido previo a la solicitud. Acreditándolo conforme a lo dispuesto en el artículo 1.227 del Código Civil y *b)* Que el derecho del socio haya quedado ineludiblemente garantizado por la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, por la puesta a disposición del socio del informe de Auditoría o por su incorporación al propio expediente de nombramiento registral. *Vid* entre otras RSDGRN de 3 de enero de 2006, 6 de febrero de 2006, 20 de Abril de 2006 y 11 de diciembre de 2007. En este caso la sociedad ha sido requerida por este Registro para que justifique el cumplimiento de los requisitos citados. En el supuesto analizado, la sociedad no ha acreditado que el nombramiento sea anterior, toda vez que la fecha fehaciente de la existencia del nombramiento es 9 de abril de 2013, fecha del acta notarial, acreditando la puesta a disposición del accionista del informe de auditoría. No cumpliéndose por tanto los dos requisitos establecidos por la doctrina de la Dirección General, pues la solicitud fue realizada el 21 de marzo de 2013, anterior a la fecha acreditada de la existencia de la auditoría, 9 de abril de 2013. Igualmente y respecto a la alegación de abuso de derecho del solicitante en cuestión no puede apreciarse en el marco de un procedimiento registral de designación de auditores, sin perjuicio del ejercicio por la sociedad de cuantas acciones estime pertinentes ante los Tribunales ordinarios de justicia para reclamar los perjuicios económicos que se le hayan ocasionado por mala fe o ejercicio abusivo de un derecho, como tiene reiteradamente reconocido la DGRN.

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 redujo a la existencia de una auditoría voluntaria previa e insistió en el hecho indiscutido de que el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2012 se puso a disposición del socio solicitante por conducto notarial. Adjuntó a su escrito un certificado expedido por el representante de la firma auditora don …., que acreditaba la existencia de un nombramiento de auditor de cuentas por el Administrador Único y la aceptación por parte de la sociedad auditora con anterioridad a la presentación de la solicitud del socio minoritario.

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. 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 sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios, que podría eludir fácilmente a través del sencillo procedimiento de retrasar indefinidamente la presentación de las cuentas.

En el supuesto analizado, es cierto que la documentación aportada por la sociedad consta una fecha posterior a la de la presentación en el Registro Mercantil de la instancia solicitando el nombramiento por el Registrador. Sin embargo, una valoración conjunta de las pruebas aportadas lleva a la convicción de que el nombramiento sí fue previo a la solicitud presentada por el interesado, habiéndose manifestado el representante de la sociedad en su escrito de oposición que se produjo un nombramiento de auditor anterior a la entrada de la solicitud del minoritario en el Registro Mercantil y habiéndose aportado el informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2012 al expediente. Por tanto, aún cuando no existe fecha fehaciente, no existen razones para presumir falsedad en la declaración o fraude a los derechos del minoritario, que, de haberse producido, debería ser cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente que únicamente tiene por objeto la revisión por un auditor de las cuentas anuales de un determinado ejercicio. En este caso resulta del propio expediente con toda claridad que el derecho del minoritario quedó garantizado con el informe elaborado por el auditor voluntariamente designado, informe puesto a su disposición por conducto notarial durante la

tramitación del procedimiento y en el seno del propio expediente, que es precisamente lo que pretende asegurar el artículo 265.2 de la LSC.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de «Fiel Canguro, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 1 de Alicante el 14 de mayo de 2013.

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

Madrid, 26 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 1 de Alicante.

Resolución de 26 de septiembre de 2013 (5.ª)

En el expediente 169/13 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Pregaltec, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra el 26 de febrero de 2009, solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y como socia de «Pregaltec, S.L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. Alegaba la propiedad ganancial de un número de participaciones sociales equivalentes a más del 5% de capital social que ostentaba junto con su esposo don ….., del que se encontraba divorciada. Adjuntó a su escrito fotocopia de la escritura de constitución otorgada el día 9 de mayo de 2007, ante el Notario que fue de Porrino, don Ernesto Regueira Núñez, número 1.297 de protocolo, en virtud de la cual, el Sr. ….. suscribía una participación social, la número 1. Fotocopia de la escritura de Aumento de capital social, Cese de Administrador Único y designación de administradores solidarios —que motivó la inscripción 2a del historial registral–, otorgada el día 2 de julio de 2007 ante el mismo Notario que fue de Porriño, don Ernesto Regueira Núñez, núm. 1.726 de protocolo, en virtud de la cual, el Sr. ….. suscribía 99 participaciones sociales, núms. 102

al 200, ambos inclusive, representativas todas ellas, de más del 5% del capital social. Fotocopia de Sentencia, de fecha 30 de marzo de 2009 del Juzgado dé Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Tuy, referida al Procedimiento de Divorcio Contencioso núm. 441/2007, decretando la disolución por divorcio del matrimonio existente entre los sres. ….., y el establecimiento de determinadas medidas. En dicha Sentencia –punto sexto– se hace constar que la entidad «Pregaltec, S.L.» goza de presunción de ganancialidad en la parte que corresponde a don Gerardo Costa Fandiño.

II

La sociedad, a través de don ….., en su condición de administrador solidario, se opuso a dicha pretensión negando la legitimación de la solicitante de la auditoría, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que las cien participaciones sociales que ostentaba don ….. fueron trasmitidas a don ….. en virtud de la escritura pública autorizada por el Notario de Porriño el 1 de diciembre de 2009, bajo el núm. 561 de su Protocolo. Posteriormente y en virtud de escritura otorgada ante don ….. el 28 de enero de 2011, bajo el núm. 144 de su Protocolo, don ….. adquirió de don ….. las mismas cien participaciones sociales núms. 1 y 102 a 200 que en la actualidad le pertenecen con carácter privativo. En consecuencia no se dan los presupuestos exigidos por los artículos 351 y 352 del Reglamento del Registro Mercantil para que la solicitante pueda obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de Pontevedra, con fecha 30 de abril de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor solicitado. Mantuvo que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 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 este caso, la peticionaria aportó un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre participaciones que representan más de un 5% del capital social de carácter ganancial, con fundamento en la sentencia de 30 de marzo de 2009 que decreta el divorcio de los cónyuges y mantiene el carácter presuntivamente ganancial de la sociedad «Pregaltec, S.L.» Por tanto, las escrituras aportadas por la sociedad no ha logrado desvirtuar dicho principio de prueba, dado que ha quedado acreditado en el expediente por la información que resulta de la Sentencia de divorcio aportada por la solicitante de auditoría, que la entidad «Pregaltec, S.L.» goza de presunción de ganancialidad en la parte que corresponde a don Gerardo Costa Fandiño, sin que dicha presunción haya quedado desvirtuada ni se haya acreditado la adjudicación de dichas participaciones al esposo vendedor en la liquidación 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 y que en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia, sin necesidad de reiteración. Añadió que el Registrador Mercantil procedió a calificar las escrituras que aportó la sociedad en el trámite de oposición, sin que ésta facultad le corresponda.

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 11 de mayo de 2010.

1.º La cuestión que plantea el presente expediente no es otra que la de determinar si está legitimada o no para solicitar el nombramiento registral de auditor el cónyuge de quien figura como titular de las participaciones sociales de la entidad «Pregaltec, S.L.» habiendo aportado en prueba de su legitimación, entre otros documentos, fotocopia de la sentencia, de fecha 30 de marzo de 2009 del Juzgado dé Primera Instancia e Instrucción núm. uno de Tuy, referida al Procedimiento de Divorcio Contencioso n.° 441/2007, decretando la disolución por divorcio del matrimonio existente entre los sres. Ferreira Pérez y Costa Fandiño, y el establecimiento de determinadas medidas, del que se desprende que durante su vigencia el régimen económico fue el de gananciales.

Pues bien, frente a estos medios de prueba no puede prosperar las pretensión de la sociedad que niega su legitimación sobre la base de una doble operación de compraventa de las participaciones sociales núms. 1 y 102 a 200, de la que como resultado final, se deduce que don ……, es el titular de las indicadas participaciones sociales que son, precisamente, aquellas a las que la referida sentencia de divorcio atribuyó el carácter de presuntivamente ganancial. No habiendo aportado ningún convenio aprobado judicialmente o Resolución judicial que acuerde la liquidación de la sociedad post gananciales vigente a partir de la sentencia de divorcio, se ha de concluir que la solicitante esta legitimada para obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas, 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.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto don ….., en nombre y representación de la sociedad «Pregaltec, S.L.», contra la Resolución del Registrador Mercantil de Pontevedra de 30 de abril de 2013.

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

Madrid, 26 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 26 de septiembre de 2013 (6.ª)

En el expediente 170/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Macrofitas, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en la Oficina de Correos el 30 de marzo de 2013 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en donde tuvo entrada el 7 de abril de 2013, 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 «Macrofitas, 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 escrito copia de contratos de compraventa de acciones de fecha 22 de diciembre de 1997 y 2 de mayo de 1996 y pólizas de 25 de noviembre de 1983 y 5 de Noviembre de 1991.

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 para el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2012. A Tal efecto, se procedió a contratar auditor de cuentas a la empresa «MGI Audicon & Parteners, S.L.P.». que aceptó el encargo de auditoría. Adjuntó a su escrito certificación del Acta de la Junta General Extraordinaria sobre el nombramiento de auditor de cuentas expedida el 18 de abril de 2013 y certificación de aceptación del nombramiento expedida por el representante de la firma auditora don ….. el 19 de abril de 2013.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, el 26 de abril de 2013, acordó, como diligencia para mejor proveer y antes de proceder a dictar la Resolución pertinente, requerir a la sociedad «Macrofitas, S.L.» para que, en el plazo de diez días a contar desde la notificación, se acreditara la fecha fehaciente del nombramiento y aceptación del auditor designado por la sociedad y, en su caso, se procediera a la inscripción del nombramiento de auditor, o bien se acreditase fehacientemente haber puesto el informe de auditoría a disposición del socio minoritario o se incorporara al expediente de nombramiento de auditor. Así lo hizo la sociedad mediante escrito de 16 de mayo de 2013, que presenta en el Registro Mercantil, escrito firmado el mismo día por don ….., en la representación alegada de la sociedad afectada, aportando el informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2012 de la sociedad «Macrofitas, S.L.», emitido por la entidad auditora «MGI Audicon & Partners, S.L.» el día 14 de mayo de 2013 y manifestando que entiende acreditada la fecha del nombramiento de auditor y de la aceptación con la documentación aportada con el escrito de oposición.

IV

Por Resolución de 29 de mayo de 2013, la Registradora Mercantil núm. 6 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 para que esta designación pueda enervar el derecho del socio solicitante es necesario que, con arreglo a reiteradísima doctrina de la DGRN se cumplan los dos requisitos señalados por la Dirección General: *a)* Que el nombramiento voluntario haya sido previo a la solicitud. Acreditándolo conforme a lo dispuesto en el artículo 1.227 del Código Civil. *b)* Que el derecho del socio haya quedado ineludiblemente garantizado por la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, por la puesta a disposición del socio del informe de Auditoría o por su incorporación al propio expediente de nombramiento registral. En el caso presente la sociedad aportó certificación del Acta de la Junta General Extraordinaria de socios celebrada el día 12 de febrero de 2013 relativa al acuerdo de nombramiento de auditor de cuentas» expedida el día 18 de abril de 2013 por el Secretario del Consejo de administración y visto bueno del Presidente, y certificación de haber aceptado el nombramiento el día 13 de febrero 2013 y del estado actual de los trabajos de auditoría, expedida por el representante de la sociedad auditora designada, «MGI Audicon & Partners, S.L.P.» el día 19 de abril de 2013. En contestación al requerimiento hecho a la sociedad el día 26 de abril de 2013, para que conforme al artículo 1.227 del Código Civil se acreditara la fecha fehaciente del nombramiento de auditor, la sociedad presentó escrito manifestando que entendía haberla acreditado ya con la documentaron aportada con el escrito de oposición, no obstante corroboraba tal circunstancia incorporando el informe de auditoría emitido el día 14 de mayo de 2013 y los correos electrónicos remitidos el día 13 de febrero de 2013 entre la sociedad afectada y la sociedad auditora. Pues bien, en contra de lo que entiende la sociedad, de ninguno de los documentos aportados se desprende la fecha fehaciente del nombramiento de auditor y su aceptación, tanto la certificación de la sociedad afectada como la de la sociedad auditora, son documentos privados que no garantizan fehaciente a su contenido, la fecha del informe de auditoría es muy posterior a la entrada de la solicitud del socio en el Registro y la copia de los correos electrónicos carece de validez jurídica. No cumpliéndose el primero de los requisitos para que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas pueda enervar el derecho del socio minoritario, al no quedar acreditado fehacientemente

que fuera previo a la entrada de la solicitud del socio en el Registro, es irrelevante que se haya garantizado «al socio la existencia del informe, pues dicho nombramiento no enerva su derecho al nombramiento registral del auditor solicitado.

V

Contra dicha Resolución don ….., en nombre y representación de la sociedad afectada por el nombramiento de auditor de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando en esencia: 1.º) Que objetivamente se ha garantizado al socio su derecho al informe de auditoría, dado que se ha aportado al expediente. Esto es en definitiva lo que pretende garantizar el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º) Que carece de fundamento legal y de lógica jurídica que una vez aportado el informe y garantizado al socio su derecho se obligue a la sociedad a pagar una nueva auditoría de cuentas. 3.º) Que la doctrina de la Dirección general permite a la sociedad enervar el derecho del socio contratando con anterioridad una auditoría voluntaria y garantizado su derecho al informe de auditoría de cuentas. Ambas condiciones se han cumplido por la sociedad.

VI

Con fecha de 12 de julio de 2013, don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, presentó un escrito en el Registro general de este departamento ministerial exponiendo las razones que convenían a su derecho y solicitando la desestimación del recurso de alzada interpuesto por 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.

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 inde-

pendiente, 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, en contra de la voluntad de la Ley, lo que únicamente constituye causa de oposición y dejar en manos de la sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios, que podría eludir fácilmente a través del sencillo procedimiento de retrasar indefinidamente la presentación de las cuentas.

En el supuesto analizado, es cierto que la documentación aportada por la sociedad consta una fehaciente posterior a la de la presentación en el Registro Mercantil de la instancia solicitando el nombramiento por el Registrador. Sin embargo, una valoración conjunta de las pruebas aportadas lleva a la convicción de que el nombramiento sí fue previo a la solicitud presentada por el interesado, habiéndose manifestado el representante de la sociedad en su escrito de oposición que se produjo un nombramiento de auditor anterior a la entrada de la solicitud del minoritario en el Registro Mercantil –acordado en la Junta general Extraordinaria de 12 de febrero de 2013– y habiéndose aportado el informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2012 al expediente. Por tanto, aún cuando no existe fecha fehaciente, no existen razones para presumir falsedad en la declaración o fraude a los derechos del minoritario, que, de haberse producido, debería ser cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente que únicamente tiene por objeto la revisión por un auditor de las cuentas anuales de un determinado ejercicio. En este caso resulta del propio expediente con toda claridad que el derecho del minoritario quedó garantizado con el informe elaborado por el auditor voluntariamente designado, informe incorporado al expediente durante la tramitación del procedimiento, que es precisamente lo que pretende asegurar el artículo 265.2 de la LSC.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don …..., en nombre y representación de «Macrofitas, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil núm. 6 de Madrid el 29 de mayo de 2013.

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

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

Madrid, 26 de septiembre de 2103.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registrador Mercantil núm. 6 de Madrid.

Resolución de 26 de septiembre de 2013 (7.ª)

En el expediente 171/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gach, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Almería el 14 de marzo de 2013 solicitando, al amparo del artículo 205.2 de la ley de Sociedades de Anónimas *(sic),* como titular de un número de acciones equivalentes al 5% del capital social, de la entidad mercantil «Gach, S.A.», el nombramiento de un auditor que verifique las cuentas anuales del ejercicio 2011 de la citada entidad.

II

La sociedad, a través de su representante, don …..., se opuso a dicha pretensión mediante escrito presentado en el Registro Mercantil el 22 de mayo de 2013, alegando, en esencia: Que el solicitante ha presentado su instancia extemporáneamente, dado que el plazo para solicitar la auditoría finalizó el 31 de marzo de 2012, mientras que la solicitud señala que desea la auditoría de las cuentas cerradas a 31 de diciembre del 2011.

III

El Registrador Mercantil de Almería, con fecha 23 de mayo de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor instada por el socio minoritario, al entender que si bien es cierto que en el apartado solicita indicó el ejercicio 2011, no lo es menos que en el apartado expone hace expresa mención al ejercicio 2012, por lo que resulta claro que se ha deslizado un error mecanográfico.

IV

Contra dicha Resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando el argumento aducido en su escrito de oposición y manteniendo que el Registrador Mercantil no puede deducir que existe error en la solicitud, sin antes citar al interesado para que lo subsane.

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 septiembre de 1993 y, como más recientes, 23 de septiembre de 2005, la de 3 de febrero de 2007 y la de 5 de octubre de 2009.

No puede prosperar en esta resolución la pretensión de la sociedad, manifestada en el escrito de oposición y reiterada en el de recurso de alzada. En efecto, es reiterada la doctrina de esta Dirección General de los Registros y del Notariado señalando que ni el antiguo artículo 205.2 la Ley de Sociedades Anónimas –reiterado en idénticos términos por el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital– ni el Reglamento del Registro Mercantil exigen, expresamente, la formal determinación en la solicitud del ejercicio económico a que la misma se refiere pero, además, en el caso que nos ocupa no se suscita duda interpretativa alguna sobre el ejercicio a que puede referirse, ya que solo resulta posible, por la propia invocación al también erróneamente citado artículo 205.2 de la anterior Ley de Sociedades Anónimas, respecto al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2012, siendo precisamente, éste el ejercicio indicado en la parte expositiva del escrito de la instancia.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., representante de «Gach, S.A.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Almería el 3 de febrero de 2009.

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

Madrid, 26 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Almería.

Resolución de 26 de septiembre de 2013 (8.ª)

En el expediente 172/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Alma IT Systems, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el 27 de marzo de 2013 en el Registro Mercantil de Barcelona 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 «Alma IT Systems, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, 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, ya que puede presentar sus cuentas en forma abreviada. 2.º) Que, a pesar de lo anterior, nombró auditor de cuentas a la sociedad «Quadras y Serra, S.L.» para auditar las cuentas correspondientes a ese ejercicio económico. Dicho nombramiento fue aceptado por la firma auditora a través de su representante. Adjuntó a su escrito copia del mensaje de correo electrónico Copia de mensaje del correo electrónico reenviados en fecha 12 de abril de 2013, por doña ….. a don ….., los cuales habían sido enviados en fecha 22 de febrero de 2013, por doña ….. y donde figura como destinatario don …..; y el acta de Junta General de socios de la compañía «Alma IT Systems, S.L.» celebrada el día 25 de junio de 2012.

III

El Registrador Mercantil núm. 13 de Barcelona, a la vista del contenido del escrito de oposición, mediante oficio de fecha 17 de abril de 2013, requirió a la mercantil «Alma IT Systems, S.L.», Para que en el plazo de 10 días hábiles, A contar desde la fecha de recepción del citado oficio, aportaran documento o documentos públicos, o privados con firmas legitimadas notarialmente, de donde resultara el nombramiento y la aceptación del auditor nombrado voluntariamente por parte de la sociedad, la mercantil «Quadras y Serra Auditores, S.L.»; o bien presentaran en este Registro la documentación pertinente que permitiera la inscripción de la designación de auditor alegada. Así lo hizo la sociedad el 6 de mayo de 2013, aportando a este Registro un escrito suscrito por don ….., en representación de la compañía «Cuadras y Serra Auditores, S.L.» y por don ….., en representación de la sociedad «Alma IT Systems, S.L.», cuyas firmas fueron legitimadas en fecha 6 de mayo de 2013 por el Notario de Barcelona don Francisco Armas Omedes, en la que se hace constar, entre otros puntos, que en fecha 29 de enero de 2013 la sociedad «Alma IT Systems, SX.» designó a «Quadras y Serra Auditores, S.L.» para la revisión de las cuentas y auditoría del ejercicio 2012.

IV

Por resolución el 10 de mayo de 2013, el Registrador Mercantil de Barcelona acordó estimar la solicitud formulada por el socio minoritario. Mantuvo, respecto a la manifestación de la oponente relativa a que la sociedad no está obligada a verificar sus cuentas, no obstante viene auditando sus cuentas con carácter voluntario desde el ejercicio 2011, que dicha alegación no representa obstáculo alguno a la solicitud porque las sociedades que, en principio, no están obligadas a la verificación contable, al poder presentar sus cuentas en el Registro Mercantil en forma abreviada, pasan a estarlo cuando, en base al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, lo solicita un número de socios que representen al menos el 5% del porcentaje del capital social y presenten su instancia en el Registro Mercantil en los tres meses siguientes del cierre del ejercicio social (en este sentido pueden verse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 19 de febrero de 2009 y 23 de junio de 2010, entre otras). En cuanto al nombramiento voluntario de auditor alegado por la sociedad, debe señalarse que según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo que la Ley ha pretendido es que los socios tengan a su disposición unas cuentas anuales verificadas por un auditor, sin que sea determinante a instancia de quien haya sido designado ese auditor –Juez, Registrador u Órganos Sociales– ya que su independencia queda garantizada por las previsiones de la propia Ley de Auditoría de Cuentas, su Reglamento de desarrollo y las propias Normas Técnicas de Auditoría. Ahora bien, siempre: *a)* Que el nombramiento voluntario haya sido previo a la solicitud. Acreditándolo conforme a lo dispuesto en el artículo 1.227 del Código Civil. *b)* Que el derecho del socio haya quedado ineludiblemente garantizado por la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, por la puesta a disposición del socio del informe de Auditoría o por su incorporación al propio expediente de nombramiento registral. En el caso presente, la sociedad no ha acreditado ninguna de estas dos condiciones necesarias para enervar el derecho del solicitante, puesto que la documentación aportada al expediente para acreditar el nombramiento de auditor por parte de la sociedad no se adecua a lo establecido por el artículo 1.227 del Código Civil: 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 entregase a un funcionario público por razón de su oficio, y de las fotocopias de los correos electrónicos cruzados entre la sociedad y la compañía auditora «Quadras y Serra Auditores, S.L.» para la realización de la auditoría de las cuentas del ejercicio 2012 de la sociedad «Alma IT Systems, S.L.» solo puede hacer prueba entre las partes que convinieron la auditoría, pero no frente a terceros sino desde que se aportó a este Registro Mercantil, junto con el escrito de oposición, siendo ésta posterior al momento en que el socio minoritario presentó su instancia solicitando el nombramiento de auditor, el 27 de marzo de 2013. De igual forma el escrito aportado a este Registro en fecha 6 de mayo de 2013, en contestación a la diligencia para mejor proveer realizada a la sociedad, referido en el Hecho Tercero, tampoco se adecua a lo establecido en el artículo 1.227 del Código Civil, por cuanto las firmas de dicho escrito se legitimaron notarialmente en fecha 6 de mayo de 2013, igualmente siendo esta fecha posterior a la solicitud de nombramiento de auditor. Tampoco ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de cuentas por ninguno de los medios antes descritos, y, en consecuencia, se ha de reconocer su derecho al nombramiento de auditor que solicitó. Tampoco pueden prosperar las restantes alegaciones formuladas por la sociedad: En cuanto a los gastos que la auditoría acarreará a la sociedad el nombramiento de auditor solicitado, tan sólo señalar que quien juzga la necesidad de la auditoría es el socio, no la sociedad y si se resuelve que la verificación de las cuentas anuales compete realizarla al auditor designado por el Registrador Mercantil, los gastos serán a cargo de la sociedad, según señala expresamente el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y, entre otras, las resolu-

ciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 26 de noviembre de 2009, 23 de abril y 17 de diciembre de 2010. En cuanto a que en la Junta General celebrada en fecha 25 de junio de 2012, que tenía por objeto la aprobación del ejercicio 2011 y en ella se hizo entrega de la auditoría de dicho ejercicio al representante del Sr. ….., quien en ningún momento cuestionó la auditoría realizada, tan sólo decir que, el que se hayan auditado las cuentas en el ejercicio 2011 no impide que vuelvan a serlo en el ejercicio 2012 que se solicita, puesto que se trata de un derecho que puede ser reiterado anualmente siempre que se reúnan los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos. Es obvio que este derecho no puede condicionarse, como entiende la sociedad, a que el solicitante no cuestionara la auditoría realizada respecto al ejercicio 2011, ya que la auditoría del ejercicio 2012, aunque efectivamente condicionada por la del ejercicio 2011, es autónoma e independiente de ésta, (en este sentido pueden verse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 de enero, 18 de septiembre y 29 de octubre de 2009, entre otras). Por último y en relación a la alegación de que el artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil citado como fundamento en la solicitud de nombramiento de auditor, no es de aplicación al presente caso, toda vez que se refiere exclusivamente al nombramiento de auditores de sociedades obligadas a verificación, que no es el caso de la sociedad «Alma IT Systems, S.L.», hay que puntualizar al respecto, que la solicitud iniciadora del expediente se basa en los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y el artículo 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y no exclusivamente en el artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil, por lo que los artículos citados en la solicitud relativos al Reglamento del Registro Mercantil hacen referencia a la Sección Segunda, del Capítulo II del Reglamento del Registro Mercantil, que se titula genéricamente «Del nombramiento de auditores» y se refiere tanto a las sociedades obligadas como a las no obligadas a verificación contable. A mayor abundamiento, en el supuesto de que la sociedad se hallara obligada a verificar sus cuentas anuales, en principio, también resultaría procedente la designación de Auditor ya que no consta acreditado en este Registro el nombramiento por parte de la sociedad para el ejercicio 2012.

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 objetivamente se ha garantizado al socio su derecho al informe de auditoría, dado que se ha aportado al expediente Y, asimismo, puso dicho informe a disposición del socio minoritario. 2.º) Que el Registrador Mercantil había aplicado indebidamente los artículos 1.225 del Código Civil y 299 de la Ley de Enjuiciamiento 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. 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 sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios, obligación que podría eludir fácilmente a través del sencillo procedimiento de retrasar indefinidamente la presentación de las cuentas en el Registro Mercantil.

En el supuesto analizado, es cierto que en la documentación aportada por la sociedad no consta una fecha fehaciente anterior a la de la presentación en el Registro Mercantil de la instancia solicitando el nombramiento por el Registrador. Sin embargo, una valoración conjunta de las pruebas aportadas lleva a la convicción de que el nombramiento sí fue previo a la solicitud presentada por el interesado, habiendo manifestado el representante de la sociedad en su escrito de oposición que se produjo un nombramiento de auditor anterior a la entrada de la solicitud del minoritario en el Registro Mercantil y habiéndose hecho llegar al socio solicitante por correo certificado y aportado el informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2012 al presente expediente. Por tanto, aún cuando no existe fecha fehaciente, no existen razones para presumir falsedad en la declaración o fraude a los derechos del minoritario, que, de haberse producido, debería ser cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente que únicamente tiene por objeto la revisión por un auditor de las cuentas anuales de un determinado ejercicio. En este caso resulta del propio expediente con toda claridad que el derecho del minoritario quedó garantizado con el informe elaborado por el auditor voluntariamente designado, informe

incorporado al expediente durante la tramitación del procedimiento, que es precisamente lo que pretende asegurar el artículo 265.2 de la LSC.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de «Alma IT Systems, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil núm. 13 de Barcelona el 10 de mayo de 2013.

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

Madrid, 26 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 13 de Barcelona.

Resolución de 26 de septiembre de 2013 (9.ª)

En el expediente 173/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Calzados Ronaldi, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil Logroño el 13 de febrero de 2013 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 «Calzados Ronaldi, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. Adjuntó a su escrito copia de la escritura de aceptación de herencia autorizada por el Notario de Arrendó (La Rioja) don Carlos Pueyo Cajal de 30 de junio de 2000.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta no presentó escrito de oposición a la solicitud de la socia minoritaria.

III

La Registradora Mercantil de Logroño, con fecha 20 de marzo de 2013, acordó estimar la solicitud formulada, en base a que según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dado que la solicitante reunía los requisitos establecidos en la Ley de Sociedades de Capital y que la sociedad no había formulado oposición.

IV

Contra dicha resolución la sociedad, a través de su representante doña ….., se interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, falta de legitimación de la solicitante, puesto que de los documentos adjuntos a su instancia resulta que al fallecimiento de don ….., quedó como bien ganancial 3.334 acciones nominativas de la sociedad, las cuales fueron adjudicadas a doña ….. Sin embargo, los títulos que alega que no han sido aportados junto con la solicitud, ni tampoco fueron protocolizados en la escritura de aceptación de herencia y, en consecuencia, no ha acreditado su condición de socia. Transcurridos doce días desde que se otorgara la citada escritura, en fecha 8 de julio de 1992, don ….., don ….. y don ….., se reunieron en el domicilio social de la mercantil «Calzados Ronaldi, S.A.» a fin de tratar el estado de la deuda contraída por don ….. con los otros dos, por la compra del 33% de las acciones de la sociedad. A fin de acreditar cuanto antecede, aportamos como Anexo núm. 1, el documento expedido por los tres comparecientes, en el que se recogió por escrito el contenido de la citada reunión. Tal y como se desprende del mismo, la deuda adquirida pordon ….. ascendió a 10.824.000 pesetas, habiendo realizado a dicha fecha pagos a cuenta por importe de 2.825.573 pesetas a don ….. y a don ….., respectivamente. La deuda restante por importe de 5.172.853 se haría efectiva con un pago de 2.600.000 pesetas a don ….. y a don ….., respectivamente, estableciendo que los citados pagos se harán siempre a cuenta de los beneficios repartidos. Si bien, resulta necesario manifestar que la mercantil «Calzados Ronaldi, S.A.» no ha repartido ningún ejercicio beneficios desde que se firmara el citado documento, por lo que a día de hoy la citada deuda sigue sin liquidarse. Por último, tal y como se desprende del citado documento, don ….. se comprometió a dejar su 33% hasta que la deuda sea totalmente liquidada, liquidación que a día de hoy no se ha llevado a efecto.

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.

El presente recurso plantea, como única cuestión, la relativa a la forma de acreditar la solicitante su legitimación y, como contrapartida, la de la enervación, en su caso, por parte de la sociedad. Dicha cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo entendiendo suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del

Registro Mercantil –artículo 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 la solicitante copia de la escritura de aceptación de la herencia de su cónyuge, de don ….. que ostentó en la sociedad un número de acciones equivalentes al 33% del capital de la empresa, por lo que en principio ha quedado acreditada su legitimación para solicitar la auditoría. Más aún, teniendo en cuenta que la sociedad se basa para desvirtuarla en el hecho de que los títulos representativos de dichas acciones no estaban protocolizados en dicha escritura de aceptación, ni se aportaron junto con la instancia, –lo que es necesario, en ningún caso– y también se basa en un documento privado cuya fotocopia se adjunta al escrito de interposición del recurso del que resulta que el fallecido don ….. llegó a un acuerdo privado con otras dos personas, el 8 de julio de 1992, en cuya virtud se comprometía a concluir el pago de la última parte de una deuda con ellos contraída por la compra de 33% de las acciones de la compañía para terminar de pagar una cantidad adquirida en concepto de préstamo. Pues bien, dicho documento no puede tenerse en cuenta en este procedimiento dado que, en primer lugar, en nada puede desvirtuar el contenido de la escritura pública de aceptación y, en segundo lugar, si de ese documento, efectivamente, se derivan derechos a favor de alguno de los interesados deberán llegar a un acuerdo con quien a día hoy es titular de dichas acciones, es decir, con la solicitante de la auditoría de cuentas.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., representante de «Calzados Ronaldi, S. A,» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Logroño de 20 de marzo de 2013.

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

Madrid, 26 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Logroño.

Resolución de 26 de septiembre de 2013 (10.ª)

En el expediente 174/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ferreterías y Materiales Álvarez, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Ávila el 21 de febrero de 2013 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 «Ferreterías y Materiales Álvarez, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su Administrador Único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad procedió a nombrar auditor de cuentas por acuerdo de la Junta General de socios. Se adjunta acta notarial de presencia levantada por el Notario de Arévalo núm. 587, el 12 de junio de 2012, de la que se desprende que este acuerdo fue aprobado por la mayoría de socios, recayendo el nombramiento en la empresa auditora «Rivero y Asociados, S.L.» 2.º) Que, la sociedad no está obligada a la verificación de sus cuentas anuales, no obstante lo cual lo viene haciendo anualmente. 3.º) Que dicho acuerdo no pudo ser inscrito en el Registro Mercantil por retrasos acaecidos por defectos de ejercicios anteriores.

III

Por resolución de 6 de mayo de 2013 el Registrador Mercantil de Ávila acordó estimar la solicitud formulada por el socio minoritario, manteniendo que, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, procede como regla general el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador si concurren en el solicitante las circunstancias de capital y tiempo que la ley exige y la excepción la constituye el que la sociedad haya designado auditor de cuentas con carácter voluntario y con anterioridad a la solicitud y que quede garantizado el derecho del socio al informe de auditoría, (inscripción del nombramiento, entrega del informe al socio solicitante o incorporación al expediente), según la resolución de 19 de enero de 2006.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones aducidas en el escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que el solicitante no es un tercero ajeno a la sociedad, frente al cual la inscripción del nombramiento despliegue sus efectos y la falta de inscripción le pueda per-

judicar, por ser ésta una decisión voluntaria del Administrador. 2.º) Que el solicitante actúa con evidente mala fe. 3.º) Que la sociedad se verá obligada a costear dos auditorías para un mismo ejercicio económico.

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 minoritario que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo oportuno legalmente exigibles.

La doctrina sentada en esta materia por esta Dirección General –doctrina que vuelve aquí a reiterarse– ha sido terminantemente clara: el nombramiento de auditor voluntariamente efectuado por la sociedad de capital enerva el derecho del socio minoritario a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas puesto que el vigente artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, correspondiente al derogado artículo 205.2 LSA de 1989, lo que pretende es que se faciliten al socio las cuentas anuales verificadas por un auditor independiente, sin que sea determinante a instancia de quién haya sido designado este auditor, Juez, Registrador u Órganos sociales, ya que la independencia de cualquier auditor queda garantizada por las previsiones de la propia Ley de Auditoría de Cuentas, su Reglamento de desarrollo y las propias Normas Técnicas de Auditoría.

Ahora bien, siempre se ha exigido además se cumpla una doble condición: *a)* Que se haya efectuado el nombramiento del auditor por la sociedad con anterioridad a la presentación de la instancia por el minoritario pidiendo el nombramiento de auditor al Registro; y *b)* Que se haya garantizado ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, garantía que únicamente puede procurársele bien a través de la inscripción del nombramiento del auditor en el Registro Mercantil, bien por haberse puesto a disposición del socio el informe de auditoría correspondiente o bien por la incorporación del citado informe al propio 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 sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios, que podría eludir fácilmente a través del sencillo procedimiento de retrasar indefinidamente la presentación de las cuentas.

En el supuesto analizado, la sociedad no ha cumplido ninguna de las condiciones requeridas para enervar el derecho del solicitante, dado que no ha acreditado fehacientemente que la aceptación del auditor de cuentas designado por la Junta General documentada en el Acta notarial de 12 de junio de 2012 hubiera aceptado el encargo de auditoría con anterioridad a la presentación de la instancia del socio minoritario en el Registro Mercantil. Asimismo, tampoco ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012 por ninguno de los medios anteriormente indicados, puesto que no inscribió el nombramiento en el registro mercantil, ni facilitó al socio minoritario la existencia de dicho informe realizado por la firma auditora voluntariamente designada por la sociedad, ni tampoco lo aportó al expediente, por lo que, se ha de concluir, que debe ser reconocido el derecho del socio al informe de auditoría que solicitó.

2.º Por lo demás, deben rechazarse las restantes alegaciones formuladas por la sociedad en el escrito de interposición del recurso. En efecto, como también ha mantenido este Centro Directivo, no puede enervar el derecho del peticionario la alegación de la sociedad que cuestiona su buena fe, pues el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento por el Reglamento del Registro Mercantil impide examinar las motivaciones que la han llevado a instar la auditoría, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(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 los gastos que la auditoría de cuentas generará para sociedad, se ha de recordar al recurrente 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 del socio minoritario a la verificación contable del ejercicio 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., Administrador Único de «Ferreterías y Materiales Álvarez, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil de Ávila el 6 de mayo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándo-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 26 de septiembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Ávila.

Resolución de 7 de octubre de 2013 (1.ª)

En el expediente 48/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «RP Arquitectura y Promociones Palafito, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 4 de marzo de 2013 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 «RP Arquitectura y Promociones Palafito, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis que la Junta General Extraordinaria de la sociedad celebrada el 17 de diciembre de 2012 procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a la sociedad «Consultores, Valoradotes y Auditores, S.L.». El contrato de auditoría se firmó el 10 de enero de 2012, el mismo día en que la empresa auditora aceptó el encargo.

III

La Registradora Mercantil núm. 8 de Madrid, con fecha 25 de abril de 2013, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que el nombramiento voluntario de auditor realizado por la sociedad, reúne las condiciones exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado para garantizar al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, que son: *a)* que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia

del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. En efecto, con anterioridad a la presentación en el Registro Mercantil de la solicitud formulada por la socia minoritaria, se presentó la documentación de la sociedad que se aportó para la inscripción del nombramiento el 5 de febrero de 2013.

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 la Junta General Extraordinaria se celebró sin la concurrencia del capital que exige el artículo 14 de los Estatutos Sociales. En efecto dicha Junta general se entendió validamente constituida con el 60% de capital social en vez de con el 75% como exige la norma societaria ya citada. 2.º) Que de este hecho se extrae con facilidad que los acuerdos adoptados en la misma son ineficaces. 3.º) Que resulta sorprendente que la designación de auditor recayera en una persona de la misma localidad de procedencia de doña ….. Finalizó su escrito manteniendo que si la sociedad hubiera querido salvaguardar los derechos de la minoría el nombramiento de auditor de cuentas debió realizarlo el Registrador 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 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 la pretensión de la recurrente dirigida a anular el acuerdo de la Registradora Mercantil sobre la base de que la Junta General adoptó determinados acuerdos sociales sin el quórum estatutariamente exigido. Y ello porque este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas tiene un limitado ámbito de conocimiento circunscrito a comprobar si los solicitantes reúnen o no las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas y las posibles causas de enervación por la sociedad. En consecuencia, las razones que asisten a la recurrente para entender que los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria de la sociedad el 17 de diciembre de 2012 son nulos deberá exponerlas y deducir su pretensión de nulidad ante el Juzgado de lo Mercantil competente por razón del domicilio de la sociedad, debiéndose advertir que, en tanto dichos acuerdos no sean declarados nulos por resolución judicial despliegan todos sus efectos.

2.º Sobre las alegaciones que, implícitamente, cuestionan la imparcialidad e independencia del auditor designado por la sociedad, también debe recordarse que el Organismo de la Administración General del Estado encar-

gado de velar por el ejercicio de la actividad auditora conforme a los principios de objetividad, imparcialidad e independencia del auditor es el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y no este Centro Directivo.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., solicitante del nombramiento registral de auditor de cuentas para la sociedad «ARP Arquitectura y Promociones Palafito, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 8 de Madrid el 25 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 octubre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 4 de Madrid.

Resolución de 7 de octubre de 2013 (2.ª)

En el expediente 154/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pemaambur, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Burgos el 22 de febrero de 2013, en el que solicitó, al amparo del artículo 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Pemaambur, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta a través de sus administradores, don ….. y don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis: 1.º) Que en el absoluto abandono de sus funciones el solicitante no solo no se ha dirigido a la sociedad para obtener

información, sino que ni siquiera ha acudido al domicilio social a comprobar el estado de las cuentas. 2.º) Que el solicitante tiene derecho a obtener información de la sociedad, pero también tiene la obligación de formular las cuentas anuales para su aprobación por la Junta. 3.º) Que no tiene legitimación por no reunir el 5% del capital social al haberse producido en la Junta General Extraordinaria de 20 de diciembre de 2012 una ampliación de capital social que dejó su participación reducida a un porcentaje inferior al 5%. 4.º) Que la solicitud no expresa la causa de la petición, ni indicó el ejercicio que se desea auditar.

III

A la vista de dicho escrito el Registrador Mercantil de Burgos dio traslado del mismo al solicitante para que alegara lo que tuviera por conveniente en defensa de sus derechos. Lo que así hizo éste mediante escrito de 26 de abril de 2013.

IV

El Registrador Mercantil de Burgos, con fecha de 29 de abril de 2013 resolvió desestimar la oposición de la sociedad. Mantuvo que, en primer lugar en cuanto a la alegación de los administradores sobre la «falta de legitimación» activa del solicitante al carecer del 5% en el capital social dada la ampliación de capital efectuada, hay que aclarar que la cualidad de socio titular del 5% debe reunirse, dentro del período de tres meses para ejercitar el derecho reconocido en el artículo 265.2 LSC, en el momento de solicitar su aplicación (RDGR 15.4.91, 23.9.91) y que un aumento de capital no inscrito en el Registro Mercantil, no puede ser tenido en cuenta a los efectos de computar el porcentaje de capital del solicitante. Para ello debe atenerse al capital que consta en el RM (RDGR 11.6.91). En cuanto a la alegación de la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador, no impide ejercitar el derecho reconocido en el artículo 265-2 LSC, por lo que no es causa para enervar dicho derecho, salvo que el socio administrador tuviese en exclusiva, de hecho, estatutariamente, o por acuerdo de la Junta General, la efectiva gestión de la empresa, lo que no sucede en el presente caso tratándose de tres administradores mancomunados, ostentando el poder de representación de la Sociedad dos cualesquiera de ellos, ni en el caso de administrador solidario, o en caso de órgano colegiado de administración, así lo tiene reconocido la Dirección General de los Registros en resoluciones de 28.5.91, 12.2.92, 15.10.92, 16.10.92, 6.11.92, 20.9.93, 15.10.93 y 5.11.93. 21.3.92, 4.5.1995); tampoco es admisible la pretensión de trasladar al solicitante el coste de la auditoría, –cuyos gastos la Ley fija indefectiblemente a cargo de la Sociedad–; así lo tiene reconocido la Dirección General de los Registros, entre otras, en las resoluciones de 3.6.91, 6.6.91,3.10.91 y 21.3.92, 11.9.92,15.12.92, 7.6.93, entre otras. En cuanto a la «causa seria» o falta de justificación alguna, hay que aclarar que No es necesario expresar en la instancia la causa de la solicitud, pues es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de auditoría, siendo su omisión o su expresión inadecuada cuestión irrelevante, así lo tiene declarado la Dirección General de los Registros y Notariado en resoluciones, entre otras, de 24.4.91, 4.6.91, 6.6.91, 14.9.91, 27.9.91, 3.10.91, 22.11.91, 14.3.92 6.7.92, 14.7.92, 2.12.92, 15.12.92, 27.1.93, 3.6.93, 2.11.93, 14.12.93. Que del conjunto del escrito presentado resulta el verdadero carácter y motivo de la solicitud que no es otro que el derecho reconocido por el artículo 265-2 de la LSC, que únicamente lo condiciona a que los solicitantes reúnan las circunstancias de capital y tiempo que en dicho precepto se mencionan, y a la inexistencia de auditoría previa.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso recurso de alzada antes esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Insistió en la absoluta dejación de funciones por 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 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, 3 de mayo de 2009 y 19 de noviembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, la legitimación del socio no ha quedado desvirtuada por la mera alegación de un aumento de capital social en la Junta General Extraordinaria de 20 de diciembre de 2012, dado que para que dicho acuerdo de ampliación pueda surtir efectos debe elevarse a escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil, por disponerlo así el artículo 296.1 de la Ley de Sociedades de Capital que exige para los acuerdos de aumento o reducción de capital social las mismas formalidades que para las modificaciones estatutarias.

2.º En segundo lugar, debe recordarse al recurrente que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º Sobre 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 núm. 2 del mismo artículo.

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.

5.º Por último, si la sociedad considera que el solicitante de la auditoría de cuentas y anterior administrador social incumplió los deberes y obligaciones que le ley impone a los administradores de sociedades de capital, siempre podrá ejercer la acción de responsabilidad de los administradores.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….. y don ….., en nombre y representación de la sociedad «Pemaambur, S.L.» contra la resolución del Registrador Mercantil Burgos de 29 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 octubre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Burgos.

Resolución de 7 de octubre de 2013 (3.ª)

En el expediente 177/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Alcance Agrupados, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Teruel el 27 de marzo de 2013 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y como titular de

más del 5% del capital social de «Alcance Agrupados, S.L.», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante carece de legitimación para instar la auditoría de cuentas de las sociedades dependientes. 2.º) Que el patrimonio de la sociedad está constituido por sus participaciones en un grupo de sociedades. 3.º) Que la sociedad está preparando la documentación para presentarse a concurso de acreedores. 4.º) Que carece de efectivos para sobre llevar cualquier gasto que ocasiones la referida auditoría.

III

El Registrador Mercantil de Teruel, con fecha 22 de mayo de 2013, resolvió no acceder a la oposición formulada por la sociedad, por ser conforme a derecho la petición de nombramiento de auditor de cuentas formulada por el 5% de capital social de la compañía.

IV

Contra dicha resolución y por la indicada representación de la sociedad se interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones aducidas en el escrito de oposición que, 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 la de 1 de junio de 2011 («BOE» 1-7-2011).

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formulada por el recurrente. En primer lugar la legitimación del solicitante de la auditoría deriva de la propia hoja registral de la sociedad, de la que resulta que participa en el capital social en un porcentaje superior al 5%. Antes este hecho concluyente que resulta del Registro Mercantil no puede desvirtuar dicha legitimación la mera alegación de la sociedad, manteniendo lo contrario, dado que no aporta medio alguno de prueba que permita llegar a la conclusión que el solicitante de la auditoría haya perdido su condición de socio o que carezca del porcentaje de capital social que alegó en su instancia.

2.º Tampoco la solicitud de concurso de acreedores que en el futuro presentará la sociedad ante el Juzgado de lo Mercantil competente, pede enervar la petición del socio que ha acreditado reunir las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, dado que, conforme a la doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– es posible ejercitar el derecho reconocido a los socios minoritarios por 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 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, 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 Por último, en cuanto a la imposibilidad de costear los gastos que la auditoría ocasione, también se ha de recordar al recurrente la doctrina mantenida por esta Dirección General conforme a la cual el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos de auditoría corren siempre de cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador de «Alcance Agrupados, S.L.», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil Teruel el 22 de mayo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 octubre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Teruel.

Resolución de 7 de octubre de 2013 (4.ª)

En el expediente 178/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de unos socios de «Herederos de Vicente Martínez, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. y don …..., don ….. y doña ….., con fecha de 27 de marzo de 2013, presentaron una instancia en la Oficina de Correos de Santander, dirigida al Registro Mercantil de Melilla en el que tuvo entrada el 3 de abril de 2013 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 titulares de más del 5% del capital social de «Herederos de Vicente Martínez, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. Adjuntaron a su escrito copia de la escritura pública de testamento otorgado por don …..., autorizado por el Notario del Tomelloso don Ignacio García Noblezas, bajo el núm. 679 de su protocolo; copia de la escritura de poder especial otorgado por don ….. y doña ….. a favor de doña ….. y de don …..; copia de la escritura pública de poder especial otorgada doña ….. y de don ….. confiriéndose poderes recíprocos, autorizada por el Notario de Cantabria, don Luis Francisco Royo Martel, bajo el núm. 146 de su protocolo.; copia de la escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales de la entidad mercantil «Herederos de Vicente Martínez, S.L.» autorizada por el Notario de Melilla, don Manuel García de la Fuente Churruca, bajo el núm. 1771 de su protocolo de la que resulta que doña ….. vendió sus participaciones sociales a don ….. 457 participaciones sociales por valor de 24.520 euros.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, ésta a través de su representante, doña ….. se opuso a dicha pretensión, negando la legitimación de los solicitantes, ya que en ningún momento se informó a la administración social sobre su condición de socios de la compañía.

III

El 20 de mayo de 2013 el Registrador Mercantil de Melilla acordó desestimar la oposición de la sociedad, dado que según los documentos aportados por los solicitantes éstos sí han acreditado su legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas.

IV

Con fecha de 12 de junio de 2013, don ….., en representación de la sociedad, presentó un escrito manifestando que no tenía conocimiento de la decisión del Registrador Mercantil respecto a la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas. Sin embargo, si existió una llamada telefónica por parte de Sr. ….. manteniendo que era el auditor designado por el Registrador Mercantil. Finalizó su escrito solicitando la desestimación de la solicitud de auditoría por falta de legitimación de los solicitantes y por haberse presentado la instancia fuera de plazo, dado que se presentó el 2 7 de marzo y no han sido subsanados los errores que la invalidan.

V

Con fecha de 21 de junio de 2013 don ….. presentó un escrito en el Registro mercantil alegando: 1.º) Que el 20 de mayo de 2013 el Registrador mercantil le nombró auditor de

las cuentas del ejercicio 2012 de la sociedad «Herederos de Vicente Martínez, S.L.», siendo aceptado el nombramiento el 29 de mayo de 2013; 2.º) Que ha llevado a cabo numerosos intentos para obtener de la sociedad las cuentas correspondientes a dicho ejercicio, todos ellos infructuosos. 3.º) Que de conformidad con el artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil cuando el auditor no pudiera realizar su trabajo por causas no imputables al mismo, emitirá informe con opinión denegada por limitación absoluta del alcance de los trabajos. 4.º) Que en cumplimiento de dicho precepto este informe de auditoría se considera con opinión denegada, por no haber obtenido de la sociedad la documentación e información necesaria para realizar el trabajo.

VI

Con fecha de 3 de julio de 2013 doña ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección general, alegando, en esencia: 1.º) Que antes de recibir la notificación de la resolución del Registrador Mercantil se recibió una llamada telefónica del auditor designado por el Registrador por lo que un represéntate de la sociedad presentó un nuevo escrito en el Registro Mercantil poniendo estos hechos en conocimiento del Registrador. 2.º) Que con fecha de 12 de junio de 2013 se recibió burofax del auditor don …... 3.º) Que la sociedad entiende que dicho nombramiento es nulo de pleno derecho.

VII

Finalmente, con fecha de 15 de julio de 2013 tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un escrito del Registrador mercantil de melilla, al que adjunto el expediente completo de su razón.

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 30 de mayo de 2007.

1.º El presente expediente plantea una cuestión de carácter formal que es preciso abordar antes de resolver las cuestiones de fondo. Dicha cuestión es la relativa a las normas de procedimiento aplicables con carácter supletorio a las contenidas en el Reglamento del Registro Mercantil. Al respecto este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente que el procedimiento registral de nombramiento de auditor de cuentas, instado por los socios minoritarios, en el ejercicio del derecho reconocido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es un procedimiento especial por razón de la materia jurídico pri-

vada a la que afecta, regulado por los artículos 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, supletoriamente, en todo lo no previsto en dichos preceptos, por los que le sean aplicables de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En atención a esta regulación y con el fin de evitar posible perjuicios a terceros, también se ha señalado, reiteradamente, que, antes de proceder a la designación de auditor de cuentas debe esperar a que la misma adquiera firmeza bien por no haber sido recurrida o bien por haber sido confirmada su decisión por esta Dirección General.

2.º También como cuestión procedimental, se ha de señalar que el Registrador Mercantil debe notificar a los interesados –el socio y la sociedad– su resolución en la forma y por los medios establecidos en el artículo 59 de la precitada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

No obstante lo anterior, debe rechazarse la alegación de la representante de la sociedad, deducida en el escrito de interposición del recuso, en la que mantiene que no tuvieron conocimiento de la decisión del Registrador Mercantil, pues consta en el expediente que su resolución de 20 de mayo de 2013 fue retirada por el presentante del escrito de oposición el día 24 de mayo de 2013. Esta circunstancia daría lugar a considerar extemporáneo el presente recuso del alzada, sin embargo razones de prudencia aconsejan resolver la cuestiones de fondo planteadas con el fin de alejar cualquier posible atisbo de indefensión.

3.º La cuestión de fondo planteada se centra en determinar si los peticionarios de la auditoría están o no legitimados para ejercitar el derecho reconocido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Sobre la cuestión de la legitimación del socio, este Centro Directivo ha mantenido que es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito para entenderla acreditada, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 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 los solicitantes han aportado un principio de prueba del que se desprende los derechos que ostenta sobre los bienes y derechos de su causante, don ….. Sanz, entre los que se encuentran las participaciones sociales representativas de más del 5% de capital social de la compañía «Herederos de Vicente Martínez, S.L.» de las que fue titular, adquiridos en virtud del tes-

tamento otorgado por el socio fallecido, lo que les legitima para ejercitar el derecho a la verificación contable del último ejercicio económico, dado que mediante su ejercicio están realizando un acto de gestión y administración de los bienes comunes. La sociedad, por su parte, no ha aportado 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 partición y adjudicación de la herencia para solicitar la auditoría, sino que, como ocurre en el caso que nos ocupa, basta con que acredite su condición de heredero –como lo han hecho– para que, como miembro de la comunidad hereditaria titular del las acciones, pueda solicitar la auditoría *(cfr.* art. 394 del Código Civil).

Tampoco puede prosperar la falta de conocimiento que la sociedad alega sobre la condición de socios de los solicitantes, puesto que hay constancia en el expediente del traslado de la instancia y de los documentos adjuntos a ella que realizó el Registro Mercantil para que la sociedad pudiera oponerse a la petición de auditoría, lo que acredita el conocimiento que, al menos desde ese momento, tuvo la sociedad y sus órganos sociales de la adquisición *mortis causa* por parte de los solicitantes de las participaciones sociales de las que fue titular su causante, a efectos de la notificación previsto en el artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….., en representación de «Herederos de Vicente Martínez, S.L.» y confirmar las resoluciones del Registrador Mercantil de Melilla el 20 de mayo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 octubre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Melilla.

Resolución de 7 de octubre de 2013 (5.ª)

En el expediente 179/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gestión de Habitats Urbanos, S.L. L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Sevilla, el 21 de marzo de 2013 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 49% del capital social de «Gestión de Habitats Urbanos, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de sus administradores mancomunados, doña ….. y don …..., se opuso a dicha solicitud, manifestando que la sociedad procedió a firmar un contrato de auditoría de las cuentas del año 2012, en fecha 16 de enero de 2013, con el auditor de cuentas, perito judicial y administrador concursal don ….., que se acompaña al escrito de oposición, entendiendo ambos administradores, que no procede un nuevo nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil por lo que supone de coste económico y duplicidad de actuaciones tendentes a un mismo objetivo.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla, con fecha 28 de mayo de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que la solicitante reunía los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que la doctrina sentada al respecto por la referida Dirección General ha sido clara diciendo que el nombramiento de auditor por la sociedad puede, efectivamente, enervar la petición del socio minoritario, puesto que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Sociedades de Capital lo que pretende es que se faciliten al socio las cuentas anuales verificadas por un auditor independiente, sin que sea determinante a instancia de quien haya sido designado este auditor, Juez. Registrador u órganos sociales. Ahora bien, siempre se ha exigido, además, que este nombramiento cumpla 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, no se ha garantizado el derecho del socio al informe de la auditoría, concurriendo además la circunstancia de que ese nombramiento voluntario realizado por la sociedad no ha tenido acceso al Registro. Tampoco puede prosperar la alegación de la sociedad respecto de lo que ese nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil suponga de coste económico y duplicidad de actuaciones tendentes a un mismo objetivo, dado que el repetido 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 a cuenta de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General 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 y 31 de octubre de 2009.

1.º No pueden prosperar, frente al fundamento de la decisión del Registrador Mercantil de Sevilla ninguna de las alegaciones formuladas por los recurrentes. En efecto, la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

Como excepción a esta regla general, este Centro Directivo ha reconocido desde antiguo el hecho de que, dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento ya sea éste judicial, registral o voluntario, es decir, acordado por la administración de la sociedad –en los casos en que ésta pueda presentar balance abreviado– puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. 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 sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios, que podría eludir fácilmente a través del sencillo procedimiento de retrasar indefinidamente la presentación de las cuentas.

En el supuesto analizado, la auditoría voluntaria alegada por la sociedad no puede enervar el derecho de la solicitante, dado que no ha procedido por ninguno de los medios anteriormente indicados a garantizar el derecho de la solicitante al informe de la auditoría de cuentas del ejercicio 2012 y, por tanto, debe serle reconocido su derecho al nombramiento registral de auditor que solicitó.

2.º Tampoco puede prosperar el motivo de oposición alegado por la sociedad, relativo a sus dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, puesto que, como ha mantenido este Centro Directivo, el 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 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por doña ….. y don ….., administradores mancomunados «Gestión de Habitats Urbanos, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 3 de Sevilla el 28 de mayo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 octubre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 3 de Sevilla.

Resolución de 7 de octubre de 2013 (6.ª)

En el expediente 180/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Campos Carnes Ecológicos, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., administradora solidaria de la entidad mercantil «Naturgestión Dehesa, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Sevilla el 21 de Marzo 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 «Campos Carnes Ecológicos, S.L.» la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su Administrador Único don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, resumidamente, que con fecha de 17 de diciembre de 2012 se instó judicialmente la disolución, debido a la paralización de los órganos sociales, dado que existe conflicto entre dos bloques del 50%. Por tanto no procedería el nombramiento de auditor de cuentas hasta que recayera resolución definitiva en el Procedimiento 1549/2012 que se tramita ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla. Añadió que la realización de la auditoría supondría un quebranto económico para la sociedad, dada la situación por la que atraviesa.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla, con fecha 10 de junio de 2013, 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, el ejercicio del aludido derecho a solicitar el nombramiento de un auditor procede también en fase de liquidación y en tanto tal compañía no se extinga y se haya procedido al reparto del haber partible entre los socios, y ello por su naturaleza esencialmente reversible. La sociedad seguiría subsistiendo en el tráfico y su personalidad jurídica permanecería en tanto no se produjera el citado reparto del activo sobrante entre los socios y cancelados en el Registro los asientos referentes a la sociedad extinguida, por lo que tiene que reconocerse el derecho de los socios que reúnen los requisitos de capital y tiempo legalmente establecidos a que la auditoría sea realizada, circunstancias éstas que se cumplen en el presente expediente (*Vid.,* entre otras, las RR. DGRN de 5 de enero de 2006, 15 de febrero de 2006 y 6 de marzo de 2006, y más recientemente, la de fecha 22 de septiembre de 2012), y sin que quepa suspender el expediente de referencia hasta que no concluyan las actuaciones del Procedimiento Judicial iniciado al respecto, por cuanto la litispendencia sólo 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 reconocido en el artículo 265.2 de la misma, no resultando de lo manifestado por la propia Sociedad en el mencionado escrito de oposición que dichas cuestiones se dilucidan en procedimiento judicial a que tal escrito se refiere (ver, entre otras muchas, las RR. DGRN de 6 de abril de 2000,19 y 25 de junio de 2001, 14 de mayo y 8 de octubre de 2002,17 de mayo de 2003,10 y 22 de enero de 2003, 27 de octubre y 19 de noviembre de 2005 y 24 de febrero y 10 de marzo de 2006, así como, más recientemente, las de fecha 17 de abril, 6 de junio y 22 de agosto de 2012). Tampoco las alegaciones relativas a la cuestión económica pueden enervar el derecho de la socia peticionaria, por cuanto tanto el repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, como el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil son claros diciendo –sin dejar margen interpretativo alguno– que los gastos ocasionados por la auditoría son siempre a cargo de la sociedad, cualquiera que sea la situación económica en que ésta se encuentre, debiendo dotarse en caso necesario del importe de dicha auditoría a través de los mecanismos societarios legalmente previstos (*Vid.,* entre otras muchas, las RR. DGRN de 7 de febrero de 2003, 22 de mayo de 2004, 4 de mayo de 2005 y 11 de enero de 2006, y más recientemente, las de fechas 21 de marzo, 22 de septiembre y 7 de noviembre de 2012), y

teniendo en cuenta, además, que siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil *(cfr.* art. 1.902 del Código 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 y añadiendo que la solicitante ostenta el 50% del capital social y por tanto, está ejercitando un derecho atribuido a los socios minoritarios, lo que claramente no es.

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 22 de septiembre de 2012.

1.º Debe rechazarse en el presente expediente la alegación que la sociedad formula en su escrito de recurso y ello porque, aunque se encuentre en situación de liquidación, es doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– que es posible ejercitar el derecho que el artículo 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.

No es cierto, en contra de lo que la sociedad entiende, que solo corresponda al órgano judicial competente para resolver la alegada petición de disolución judicial, la cuestión planteada sobre la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas, instado por la entidad mercantil solicitante, dado que la ley atribuye dicha competencia al Registrador Mercantil del domicilio social de la compañía afectada por la solicitud y, en cualquier caso, la posible existencia de un auditor judicial y un auditor nombrado por el Registrador Mercantil para verificar las cuentas anuales del último ejercicio económico no son incompatibles.

2.º Por lo que se refiere a la participación del solicitante en el capital social que, en opinión de la sociedad, 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.

3.º Por último, las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, que la sociedad alega tampoco puede enervar el derecho de la socia minoritaria al nombramiento registral de auditor pues 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 difícil 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 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., Administrador Único de «Campos Carnes Ecológicos, S.L.» en liquidación», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Sevilla el 10 de junio de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 octubre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 7 de octubre de 2013 (7.ª)

En el expediente 183/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Alenimar 2005 Construcciones y Promotora, S.L., en liquidación».

HECHOS

I

Don …… presentó un escrito en el Registro Mercantil de Málaga el 26 de marzo de 2013 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 «Alenimar 2005 Construcciones y Promotora, S.L., en liquidación», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través de su liquidador don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad se encuentra en fase de disolución y liquidación, en base al acuerdo adoptado por la Junta General de socios de 18 de agosto de 2011, tal como consra en el Registro Mercantil. 2.º) Que, aun reconociendo el derecho del socio minoritario, ha de advertirse que existen otros medios distintos al nombramiento registral de auditor de cuentas, que son menos perjudiciales para la sociedad. 3.º) Que cuando la sociedad entra en fase de disolución y liquidación tiene unas obligaciones distintas a las que tiene una sociedad viva. 4.º) Que es sabido que la Ley no ampara el ejercicio abusivo de derechos.

III

La Registradora Mercantil núm. 1 de Málaga, con fecha 6 de mayo de 2013, resolvió no acceder a la oposición formulada por la sociedad. Mantuvo, de conformidad con la doctrina sentada al respecto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que el que la sociedad se halle en periodo de liquidación no es obstáculo para que cualquier socio pueda ejercitar el derecho que a los socios les reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, pues el proceso extintivo de la sociedad no ha concluido y es todavía reversible. Además, admitir la tesis contraria significaría, en contra de toda previsión legal, que el derecho reconocido en el artículo 265 LSC podría quedar desvirtuado, precisamente por una decisión de la propia mayoría del capital. Alega la sociedad en su escrito de oposición al nombramiento de auditor efectuado por el socio minoritario para que se realice una auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012, «que dicho socio minoritario debe ejercitar su derecho de información sin perjudicar de forma grave a la mercantil, acudiendo en el caso que nos ocupa, a unas vías de información societaria en claro detrimento de la sociedad, causando unos gastos a cargo de la mercantil que esta no puede en modo alguno soporta». Pues bien, Este argumento no puede servir para enervar el derecho del socio minoritario a solicitar el nombramiento de auditor a que se refiere el artículo 265 de la LSC, porque además se refiere a cosa distinta (conocer la contabilidad y auditarla) según la DGRN de forma reiterada enseña que este derecho solo puede resultar enervado si hay nombramiento de auditor previamente inscrito en el Registro Mercantil o se pone a disposición del solicitante el informe de auditoría. En cuanto a la causa de la petición, ésta, con independencia de que se haya expresado o no, es siempre típicamente la misma en este tipo de expedientes: la existencia de auditoría. En cuanto a la alegación de que se trata de generar gastos la designación de auditor, las resoluciones de la Dirección General de 21 de marzo de 1992, 8 de febrero de 1994 y 22 de marzo de 1999, entre otras, han rechazado esta

alegación, ya que la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 265.2 impone estos gastos expresamente a la sociedad, siendo intrascendente el carácter más o menos modesto de la misma.

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.

El presente recuso plantea una cuestión que hace ocioso el examen de las restantes. Dicha cuestión no es otra que la relativa al plazo de interposición del presente recurso de alzada.

Al respecto cabe señalar que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento podrá recurrirse en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, comenzando el computo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el caso presente, consta en el expediente que la notificación de la resolución de 6 de mayo de 2013 de la Registradora Mercantil núm. 1 de Málaga se recepcionó el 20 de junio de 2013, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en la Oficina de Correos el día 8 de julio de 2013, es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 7 de julio del mismo año.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto inadmitir el recurso de alzada interpuesto por don ….., en su condición de liquidador de la entidad mercantil de «Alenimar 2005 Construcciones y Promotora, S.L., en liquidación», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Málaga el 6 de mayo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 octubre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Málaga.

Resolución de 7 de octubre de 2013 (8.ª)

En el expediente 186/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sant Quirze Qualitat, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 22 de marzo de 2013 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular del 16'07% del capital social de «Sant Quirze Qualitat, S.L.», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2012. Alegó que fue apartada de forma unilateral de los cargos de gobierno, así como también lo fueron los asesores contables y fiscales que llevaban y gestionaban la entidad; haber sido nombrado un nuevo asesor fiscal que, en connivencia con los nuevos Administradores, se dedicó, a través de una mala gestión, a liquidar las sociedades para cobrar importantes comisiones y sin contar con el resto de socios, considerando que ha existido un fraude en perjuicio del socio minoritario; y ser causa de su solicitud, el conocer la situación exacta de la contabilidad de la citada compañía.

II

A la vista de dicha solicitud, el Registrador Mercantil núm. VIII de Barcelona, con fecha de 26 de marzo de 2013 requirió a la solicitante para que en el plazo de diez días aportara los documentos acreditativos de su titularidad sobre al menos el 5% del capital social de la compañía. Nuevamente requerida por el Registrador Mercantil de Barcelona, mediante oficio de 12 de junio de 2013, la solicitante aportó en unión del escrito de 17 de junio de 2013, los siguientes documentos: Copia simple de la escritura de constitución de la mercantil «Sant Quirze Qualitat, S.L.», otorgada en fecha 27 de julio de 2006, ante el Notario de Barcelona don Antonio Roselló Mestre, núm. 4.156 de protocolo; y copia simple de la escritura de compraventa de participaciones sociales, otorgada en fecha 23 de noviembre de 2006, ante el Notario de Sabadell don Manuel Molins Gascó, núm. 2.907 de protocolo, de la que se desprende que doña ….. compró y adquirió el pleno dominio de 483 participaciones sociales, núm.s 2.228 a 2.710, ambos incluidos, de la mercantil «Sant Quirze Qualitat, S.L.».

III

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta a través de don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Apple Invest, S.L.» que manifestó actuar como liquida-

dora de la entidad mercantil afectada por la solicitud de auditoría, se opuso a dicha pretensión alegando: Que la sociedad no puede hacerse cargo de los gastos de auditoría, a no ser que los mismos sean asumidos a prorrata por los socios en función del porcentaje de propiedad de dicha entidad, dada la delicada situación económica en que se encuentra pues está inmersa en un proceso de liquidación, iniciado al amparo del artículo 368 de la Ley de Sociedades de Capital. En el Registro Mercantil de Barcelona está pendiente la inscripción de la escritura pública que documenta el acuerdo de disolución y liquidación. Adjuntó a su escrito de oposición fotocopia de primera copia de la escritura de disolución de sociedad, cese de administrador y nombramiento de liquidador de la compañía mercantil »Sant Quirze Qualitat, S.L.», otorgada en fecha 3 de diciembre de 2012, ante la Notaria de Barcelona doña Berta García Prieto, núm. 3.004 de protocolo.

IV

El Registrador Mercantil núm. 8 de Barcelona, con fecha 5 de julio de 2013, resolvió estimar la solicitud. Mantuvo que, en el caso que nos ocupa, si bien la sociedad presentó para su inscripción escritura relativa a la disolución, cese de cargos y nombramiento de liquidador ésta fue calificada con defectos subsanables y no fue de nuevo aportada para su inscripción dentro del plazo de vigencia de su asiento de presentación, pero como quiera que aunque hubiese sido subsanada y motivado la preceptiva inscripción, la decisión del presente expediente hubiese sido, en esencia, la misma, y puesto que la Ley impone al Registrador entrar a conocer cuantas cuestiones plantee el expediente, procede la resolución del mismo sin más dilaciones. Al mismo tiempo, se ha de recordar que aunque la sociedad se encuentre en situación de disolución y liquidación es doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que es posible ejercitar el derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital también durante la fase liquidatoria de la sociedad, con base en la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación, cuya personalidad jurídica subsiste –en garantía de acreedores y terceros– en tanto no se haya procedido al pago de las deudas sociales y al reparto del activo sobrante entre los socios y cancelado en el Registro los asientos referidos a la sociedad extinguida (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 30 de abril, 20 de mayo y 23 de julio de 2010, entre otras). Por último, en cuanto a la imposibilidad por parte de la sociedad de poder atender los gastos de la auditoría, tan solo señalar que si se resuelve que la verificación de las cuentas anuales compete realizarla al auditor designado por el Registrador Mercantil, los gastos serán a cargo de la sociedad, según señala expresamente el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 26 de noviembre de 2009,23 de abril y 17 de diciembre de 2010.

V

Contra dicha resolución la sociedad, a través la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia: 1.º) Que por parte del Registro Mercantil se instó a la Sociedad para que en el plazo de 5 días desde su recepción y en virtud de lo previsto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, se opusiese al nombramiento del Auditor solicitado por doña ….. La sociedad, por su parte, presentó en fecha 28 de junio de 2013, Recurso Gubernativo ante el Registro Mercantil de Barcelona, manifestando que la sociedad se encontraba en proceso de liquidación, aunque si bien dicha escritura se encontraba pendiente de inscripción en el

Registro Mercantil de Barcelona, al estar pendiente la finalización de la auditoría solicitada por la misma socia para el ejercicio 2010, la cual había sido asumida por uno de los socios minoritarios a nivel particular y pendiente de nueva aprobación por parte de la Junta junto al informe de auditoría. 2.º) Que la Sociedad en virtud del proceso de disolución iniciado al amparo del artículo 368 de la Ley de Sociedades de Capital, manifestaba que no podía hacerse cargo de los gastos generados por el nombramiento realizado por el Registro Mercantil, a no ser que los mismos fueran asumidos a prorrata por los socios en función del porcentaje de propiedad de la sociedad o dejar sin efecto dicho nombramiento para no incurrir en gastos imposibles de asumir por la misma. 3.º) Que la solicitante no puede pretender que una sociedad que se encuentra disuelta, aunque pendiente de inscripción en el Registro Mercantil, por las circunstancias antes indicadas, se haga cargo de unos gastos que no puede asumir, situación de la cual es plenamente conocedora, actuando de esta manera de mala fe con respecto a la compañía y pretendiendo demorar cualquier tipo de inscripción de acuerdos sociales en su propio beneficio.

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 El presente recurso plantea diversas cuestiones sobre las que ha tenido ocasión de pronunciarse este Centro Directivo. La primera de ellas versa sobre si existe o no por parte de la sociedad obligación de someter sus cuentas anuales a la auditoría solicitada por la socia minoritaria, estando inmersa en un proceso de disolución. Al respecto, se ha de recordar la doctrina de este Centro Directivo –que nuevamente se reitera– manteniendo 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 hayan pagado las deudas sociales, 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 Sobre la imposibilidad de abonar los gastos que la auditoría comporta debido, precisamente, a esta situación de liquidación, 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 de la auditoría 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 2012.

3.º Tampoco pueden prosperar las alegaciones 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 ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Apple Invest, S.L.», liquidadora de «sant quirze qualitat, S.L.», en liquidación», contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. 8 de Barcelona el 5 de julio de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 octubre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 8 de Barcelona.

Resolución de 7 de octubre de 2013 (9.ª)

En el expediente 187/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Waeronáutica i Enginyeria, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 18 de febrero de 2013 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 «Waeronáutica I Enginyeria, S.L.», la designación de un auditor que proceda a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad por correo certificado con acuse de recibo al domicilio social que consta en su hoja registral, con fecha de 20 de febrero de 2013, fue devuelta por el Servicio de Correos el día 28 del mismo mes y año. Intentada nuevamente a notificación al mismo domicilio registral y al domicilio del Administrador Único, dicha notificación resultó también infructuosa. 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, el Registrador Mercantil procedió a la publicación, el 11 de abril de 2012, en el Tablón de edictos y en el Boletín Oficial de la provincia de Barcelona, no habiendo presentado la sociedad ninguna causa de oposición.

III

Por resolución de 24 de mayo de 2013 el Registrador Mercantil núm. 15 de Barcelona acordó estimar la solicitud formulada por el socio minoritario, dado que conforme a los datos que constan en la hoja abierta a la sociedad, reúne las circunstancias de capital y tiempo legalmente.

IV

Por escrito presentado en el Registro Mercantil de Barcelona el 16 de julio de 2013, don ….. interpuso recurso de alzada contra la anterior resolución, manteniendo, en esencia: 1.º) Que tuvo conocimiento de la resolución del Registrador Mercantil el 12 de julio de 2013, fecha en la que se celebró la Junta general de la sociedad, en la que se adoptó el acuerdo de modificación de la sede social. 2.º) Que el 20 de diciembre de 2012 la sociedad procedió a contratar auditor de cuentas a «CYO Consultores y Auditores, S.L.P.» para los ejercicios 2012, 2013 y 2014. 3.º) Que con fecha de 6 de junio de 2013 el auditor procedió a emitir el informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2012 que se entregó a los socios en la referida Junta general de 12 de julio de 2013. 4.º) Que la auditoría voluntaria de la sociedad puede enervar el derecho del socio minoritario siempre que garantice su derecho al informe de auditoría.

V

Finalmente, por escrito de 29 de julio de 2013 la indicada representación social y en contestación al requerimiento del Registrador Mercantil de Barcelona de 22 de julio de 2013,

aportó al expediente la documentación acreditativa de la anterioridad del nombramiento y de la aceptación del auditor designado.

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 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 en el presente expediente la cuestión de cuando y en que condiciones la auditoría voluntaria contratada por la sociedad puede enervar el derecho del solicitante que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

Como excepción a esta regla general, este Centro Directivo ha reconocido desde antiguo el hecho de que, dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento ya sea éste judicial, registral o voluntario, es decir, acordado por la administración de la sociedad –en los casos en que ésta pueda presentar balance abreviado– puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

En el caso presente ambas condiciones aparecen cumplidas, dado que la sociedad procedió a la contratación como auditor de cuentas de la empresa auditora «CYO Consultores y Auditores, S.L.P.» para los ejercicios 2012, 2013 y 2014 con anterioridad a la petición de los solicitantes, lo que se acre-

dita mediante el certificado del Administrador Único con firma legitimada el 20 de diciembre de 2012 y la carta de aceptación del representante de la firma auditora, don Jorge Zambrana, legitimada el 28 de diciembre del 2012. También ha quedado garantizado el derecho del socio al informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2012, mediante su incorporación al expediente y mediante la entrega de dicho informe a los socios de la compañía. Por tanto, se ha de concluir que en esta ocasión, el derecho del solicitante ha sido enervado por la auditoría voluntaria contratada por la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., Administrador Único de «Waeronáutica i Enginyeria, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 15 de Barcelona el 24 de mayo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 octubre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 15 de Barcelona.

Resolución de 7 de octubre de 2013 (10.ª)

En el expediente 188/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socias de «Construcciones y Promociones Pablo Iglesias Nueve, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., en nombre y representación de «Akragest, S.L.» presentó una instancia en el Registro Mercantil de Alicante el 26 de marzo de 2013 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 5% del capital social de «Construcciones y Promociones Pablo Iglesias Nueve, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012.

II

Intentado el traslado de dicha instancia a la sociedad por correo certificado con acuse de recibo, la notificación resultó infructuosa, al ser devueltas por el servicio de correos por encontrarse ausente el interesado. A la vista de lo anterior, la Registradora Mercantil de Alicante intentó la notificación en el domicilio que consta en el Registro Mercantil de la administradora única de la sociedad, conforme a lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley de Sociedades de Capital, la cual fue también devuelta, caducando en la lista el 27 de mayo de 2013, por lo que la Registradora Mercantil decidió la notificación mediante la inserción de edictos en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Alicante.

III

Con fecha de 9 de julio de 2013 la Registradora Mercantil de Alicante acordó estimar la solicitud presentada por la entidad mercantil solicitante, dado que concurrían las circunstancias de capital y tiempo y, tras haber trascurrido el plazo de 5 días previsto en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, no se presentó oposición por la sociedad.

IV

Por escrito presentado en el Registro Mercantil el 5 de agosto de 2013, doña …., en nombre y representación de la entidad mercantil afectada por la solicitud, «Construcciones y Promociones Pablo Iglesias Nueve, S.L.», interpuso recurso contra la resolución de la Registradora Mercantil, alegando, en esencia: 1.º) Que se ha vulnerado lo preceptuado en el artículo 59 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dado que la segunda notificación se practicó en el lugar que el Registrador Mercantil eligió, esto es, en el domicilio de la socia doña ….. y no en el domicilio social, por lo que dicha notificación no debe surtir efectos. 2.º) Que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la sociedad, puesto que no ha podido formular alegaciones contrarias a la solicitud de auditoría y, consecuentemente, la resolución del Registrador Mercantil está incursa en nulidad. 3.º) Que, en cuanto a los motivos de fondo, la sociedad en el último ejercicio económico se ha dedicado a atender la financiación bancaria que la grava. 4.º) Que los socios solicitantes en ningún momento han requerido fehacientemente a la sociedad para obtener información, ni siquiera cuando se les convocó a la Junta General. 5.º) Que el socio solicitó el nombramiento de auditor de cuentas antes de que se convocara la Junta General que debía aprobarlas. 6.º Que la mala fe de los solicitantes es notoria al no haber la mínima intención de obtener información de la sociedad y ello con el fin de bloquear a gestión social.

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 sep-

tiembre 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, 8 de junio de 2011 y 12 de diciembre de 2012.

1.º El presente expediente plantea una cuestión de carácter procedimental y es la relativa a la forma empleada por la Registradora Mercantil de Alicante al practicar la notificación. Al respecto, cabe señalar que conforme a lo previsto en el artículo 59 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, 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. Y continúa disponiendo que, si 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.

Todos estos hitos que se acaban de describir se practicaron por la Registradora Mercantil de Alicante e incluso uno no previsto en la citada ley administrativa, aunque sí en la ley mercantil, que es el contenido en el artículo 235 de la Ley de Sociedades de Capital pues intentó la notificación en el domicilio de quien consta en el Registro Mercantil como administradora única y, por tanto, representante de la sociedad, doña ….., resultando dicha notificación también infructuosa. Por último, insertó en el Boletín Oficial de la Provincia y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento el derecho de la sociedad afectada a oponerse la solicitud de auditoría en el plazo de cinco días previsto en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil. En consecuencia, no se observa incorrección en la forma de notificar a la sociedad susceptible de provocar indefensión, toda vez que se realizaron dos intentos de notificación previstos, el primero de ellos en el artículo 59 de la LRJAAPP – PAC y el segundo, dirigido a la administradora única, en el artículo 235 de la Ley de Sociedades de Capital, siendo responsabilidad del órgano de administración social atender las comunicaciones del Registro Mercantil y, en general de las Administraciones Públicas.

2.º Tampoco pueden prosperar las cuestiones de fondo aducidas por la sociedad para impedir a la solicitante el ejercicio del derecho al nombramiento registral de auditor. En primer lugar, porque los derechos de información –o conocimiento de la contabilidad social– y de auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del

Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* artículo 196 y 197 en relación con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º En segundo lugar, porque uno de los objetivos del informe de auditoría es que los socios puedan disponer de dicho informe con anterioridad a la celebración de la Junta General y, así, puedan con mayor conocimiento de causa adoptar su decisión sobre aprobar o no las cuentas presentadas por los administradores, conociendo a la vista del informe de auditoría como se ha llevado la contabilidad social y si ésta refleja o no la situación patrimonial y financiera de la empresa. Esta es la razón fundamental por la que este Centro Directivo ha mantenido la conveniencia de que dicho informe de auditoría se encuentre a disposición de los socios antes de la celebración de dicha Asamblea general, lo que debe entenderse sin perjuicio de las otras muchas funciones que cumple el citado informe de verificación de las cuentas anuales.

4.º Por último, tampoco puede prosperar las alegaciones que cuestionan la buena fe de la solicitante por el hecho de entender necesaria la auditoría, 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.* artículos 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 doña ….., administradora única de «Construcciones y Promociones Pablo Iglesias Nueve, S.L.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil de Alicante el 9 de julio de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 octubre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 8 de octubre de 2013

En el expediente 181/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Centro de Rehabilitación Dental, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., a través de su Apoderado don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Sevilla el 21 de marzo de 2013 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 «Centro de Rehabilitación Dental, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su Administrador Único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que es cuestionable la legitimidad del solicitante, don Santiago Pérez Rubio, para actuar en nombre de su hermano, don ….., puesto que este último señor se encuentra hospitalizado desde enero de dos mil trece en la sección de Psiquiatría del Hospital Virgen del Rocío de Sevilla, por lo que impugna la validez de la escritura de poder que se acompaña a la solicitud y manifiesta su intención de solicitar judicialmente la nulidad de tal escritura. 2.º) Que No es comprensible la voluntad de auditar las cuentas de la sociedad cuando el responsable de la contabilidad y quien realizaba la misma y el asesoramiento fiscal era don ….., en su calidad de letrado y asesor, por lo que podría existir un conflicto de intereses entre la voluntad de este último y la de su hermano don ….., cuando, además, la auditoría vendría a significar una carga económica para la sociedad de referencia. 3.º) Que el Administrador Único se plantea efectuar una auditoría de las cuentas anuales de la compañía para ver los posibles errores materiales que se hayan podido producir como consecuencia del control de la contabilidad por parte de don Gabriel Pérez Rubio.

III

El Registrador Mercantil núm. 3 de Sevilla, con fecha 10 de junio de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo, respecto a la causa invocada en la primera de las alegaciones, de las facultades que le fueron conferidas a don Santiago Pérez Rubio en la escritura de poder otorgada en Bollullos del Condado, el día veintiuno de Marzo de dos mil trece, ante su Notario don Carlos-María García Campuzano, núm. 308 de su protocolo, que se ha acompañado a la solicitud de auditoría, resulta expresamente la de «solicitar auditorías». El hecho de que el solicitante haya sido el responsable de la contabilidad social y el asesor fiscal de la misma, en su calidad de letrado y asesor, no le impide ejercer un derecho que le corresponde como socio, y que sólo quedaría enervado si hubiese gestionado en exclusiva, como administrador de derecho

(que no lo es), los asientos de la sociedad, ya que entonces podía haber encargado por sí solo la auditoría como acto de gestión social (ver, entre otras, las RR.DGRN de fechas 11,12 y 14 de julio de 2008,4, 8 y 12 de septiembre de 2008 y 29 de agosto y 1 de octubre de 2009), sin que, nuevamente, pueda entrar a valorar este Registrador Mercantil lo manifestado por el Administrador Único de la compañía en relación a la posible existencia de un conflicto de intereses entre el socio y su Apoderado. Tampoco la carga económica a que se refiere la alegación segunda puede enervar el derecho a la solicitud de auditoría, pues tanto el repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, como el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil son claros diciendo –sin dejar margen interpretativo alguno– que los gastos ocasionados por la auditoría son siempre a cargo de la sociedad, cualquiera que sea la situación económica en que ésta se encuentre, debiendo dotarse en caso necesario del importe de dicha auditoría a través de los mecanismos societarios legalmente previstos (*Vid.,* entre otras muchas, las RR. DGRN de 7 de febrero de 2003, 22 de mayo de 2004, 4 de mayo de 2005 y 11 de enero de 2006, y más recientemente, las de fechas 21 de marzo, 22 de septiembre y 7 de noviembre de 2012), y teniendo en cuenta, además, que siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil *(cfr.* art. 1.902 del Código 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 su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Insistió en el argumento de que no es comprensible solicitar la auditoría de las cuentas de la sociedad por quién fue el responsable de la contabilidad social, lo que lleva a pensar que existe abuso de 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 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, 3 de mayo de 2009 y 19 de noviembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, poco ha de importar para ejercitar el derecho que al socio minoritario le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital la circunstancia de haber sido el responsable de la contabilidad social, dado que, aunque el conocimiento que pueda tener de dicha contabilidad sea exhaustivo, como ha mantenido este Centro Directivo, 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún conociendo a la perfección la contabilidad y la situación financiera de la sociedad *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

2.º Si la sociedad entiende que puede existir conflicto de intereses entre el socio minoritario, solicitante de la auditoría de cuentas y su representante, debe de plantear esta cuestión ante el Juzgado competente del orden jurisdiccional civil, por ser esta una cuestión atribuida con carácter exclusivo a Jueces y Tribunales y, por tanto, es ajena a este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas.

3.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe del solicitante, pues como ha mantenido este Centro Directivo 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, no 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 y perjudiciales, 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 «Centro de Rehabilitación Dental, S.L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Sevilla el 10 de junio de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 29 de octubre de 2013 (1.ª)

En el expediente 125/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Koro Levu, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona el 25 de marzo de 2013 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 15% del capital social de «Koro Levu, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante no expresa la causa que justifique su petición. 2.º) Que tiene acceso a toda la información financiera y contable de la empresa, sin necesidad de acudir al nombramiento registral de auditor de cuentas. Sin embargo, no consta que la solicitante se haya dirigido a la sociedad. 3.º) Que es necesario tener en cuenta el perjuicio económico para la empresa, dado que la sociedad es una pequeña entidad con un giro anual de pequeña cuantía. 4.º) Que la sociedad está abusando de un derecho que le confiere la ley, haciendo un ejercicio antisocial del mismo.

III

El Registrador Mercantil núm. 4 de Barcelona, con fecha 12 de abril de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que la solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo, respecto de la inexpresión de la causa de la solicitud que, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 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 (en este sentido pueden verse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio y 7 de octubre de 2010, entre otras). Sobre el acceso a toda la información social, tanto contable como de cualquier otro tipo al que, según lo alegado por la sociedad, tiene la solicitante, y del propósito expresado por la misma relativo a que siempre que la Sra. ….. se dirija a la compañía se le informará

sobre todo aquello que fuere necesario, como accionista de la misma que es, en virtud de los derechos que le vienen conferidos por las leyes; cabe decir, tal y como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, 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 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. Con independencia de que la sociedad nunca haya negado información a la solicitante, el derecho que tienen los socios a solicitar auditor es distinto al de información y examen de las cuentas, pues los derechos de información y auditoría son por tanto derechos que, aunque complementarios, resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. Respecto a la manifestación de que la solicitante nunca se haya dirigido al órgano de administración social para obtener información, el Registrador Mercantil mantuvo que ni la ley ni el reglamento exigen como requisito previo el ejercicio del derecho de información para poder solicitar y obtener un auditor designado por el Registrador Mercantil. En cuanto a la alegación de que la sociedad es una pequeña empresa con escaso giro anual y sin apenas actividad, señaló que esta manifestación tampoco representa ningún obstáculo a la solicitud, dado que la solicitante del presente expediente ha optado por ejercer el derecho que le concede el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y lo que el legislador ha querido, y así lo señala expresamente el citado artículo 265.2, sin que quepa margen interpretativo alguno, es 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,. Por último, tampoco puede prosperar la alegación sobre el posible ejercicio abusivo del derecho pues, como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial *(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 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, 3 de mayo de 2009, 7 de octubre de 2010 y 19 de noviembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, sobre la primera cuestión planteada relativa a la causa de la petición 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 anterior Ley de Sociedades Anónimas, completamente diferente al núm. 2 del mismo artículo.

2.º El no ejercicio del derecho a la información por parte de la solicitante que la sociedad alega, en absoluto condiciona el que puede hacer de otros derechos como es el de la verificación de la contabilidad social por auditor de cuentas, pues 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla (*cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.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 de la sociedad, dado que este 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 Orde-

namiento 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 presumirse nunca, quienes se sientan perjudicados por la actuación supuestamente maliciosa tienen expedita la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

4.º Por último, en cuanto a alegación sobre las dificultades económicas de la sociedad para costear los gastos de la auditoría, no puede enervar el derecho de la socia minoritaria al nombramiento registral de auditor pues, como ha mantenido este Centro Directivo 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 del socio minoritario a la verificación contable del ejercicio 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en representación de «Koro Levu, S.L.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. 4 de Barcelona el 12 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 4 de Barcelona.

Resolución de 29 de octubre de 2013 (2.ª)

En el expediente 155/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pimardi MG, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Burgos el 22 de febrero de 2013 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 33% del capital social de «Pimardi MG, S.L.», el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2012.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad, ésta a través de sus administradores, don …..y don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante es un administrador mancomunado que ha abandonado totalmente sus funciones; y que no solo no se ha dirigido a la sociedad para obtener información, sino que ni siquiera ha acudido al domicilio social a comprobar el estado de las cuentas. 2.º) Que el solicitante tiene derecho a obtener información de la sociedad, pero también tiene la obligación de formular las cuentas anuales para su aprobación por la Junta. 3.º) Que los costes de la auditoría son elevados, por lo que debe ser el propio solicitante el que corra con ellos. 4.º) Que la solicitud no expresa la causa de la petición, ni indicó el ejercicio que se desea auditar.

III

A la vista de dicho escrito el Registrador Mercantil de Burgos dio traslado del mismo al solicitante para que alegara lo que tuviera por conveniente en defensa de sus derechos. Lo que así hizo éste mediante escrito de 26 de abril de 2013.

IV

El Registrador Mercantil de Burgos resolvió, con fecha 29 de abril de 2013, estimar la solicitud formulada por el socio minoritario. Mantuvo que la concurrencia en el solicitante de la condición de socio no impide que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio. Esto solo ocurriría si fuese Administrador Único o administrador solidario, lo que no sucede en el presente caso dado que existen tres administradores mancomunados ejerciendo el poder de representación de la empresa dos de cualquiera de ellos. En cuanto a la alegación de que carece de medios económicos, es una cuestión intrascendente para enervar el derecho del socio, tampoco esa admisible la alegación de trasladar al solicitante el coste de la auditoría de cuentas. En cuanto a la «causa seria» de la solicitud se ha de aclarar que no es necesaria su expresión en la instancia, dado que en las sociedades no obligadas a la verificación contable la causa es la inexistencia de una auditoría previa.

V

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso recurso de alzada antes esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Insistió en la absoluta dejación de funciones por 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 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, 3 de mayo de 2009 y 19 de noviembre de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En primer lugar, 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 –lo que no ocurre en el caso presente– 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 el caso presente el incumplimiento o dejación de funciones que la sociedad atribuye al solicitante, no pude ser obstáculo para que ejercite el derecho a la verificación contable, toda vez que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no supedita el ejercicio del derecho a ninguna condición. Si la sociedad considera que el solicitante, como administrador, incumplió sus funciones, siempre podrá ejercitar la acción de responsabilidad de los administradores, ante el Juzgado de lo Mercantil competente.

2.º En segundo lugar, debe recordarse al recurrente que 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, es decir, los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, aún no habiendo solicitado información financiera o contable al órgano de administración social que es, en última instancia, el que debe proporcionarla *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital).

3.º Sobre 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 argumenta 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 núm. 2 del mismo artículo.

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 y que debe ser asumidos por el solicitante, puesto que el legislador ha dispuesto con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….. y don ….., en nombre y representación de la sociedad «Pimardi MG, S.L.» contra la resolución del Registrador Mercantil Burgos de 29 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Burgos.

Resolución de 29 de octubre de 2013 (3.ª)

En el expediente 176/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «G Tres Información Más Comunicación On Line, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en su condición de administrador de la sociedad «Speedlight Asociados, S.L.», presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 14 de febrero de 2013 solici-

tando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular de más del 5% del capital social de «G Tres Información Más Comunicación On Line, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

Notificada de dicha instancia, la sociedad a través de su representante, se opuso a dicha solicitud, alegando, en esencia: Que la sociedad procedió a nombrar voluntariamente auditor de cuentas a la sociedad auditora «Bermúdez y Asociados Auditores, S.L.P.» para el ejercicio 2011, según consta en la inscripción 2.ª de la hoja de la sociedad, y que tal nombramiento, en aplicación del artículo 52.2 del Reglamento de la Ley de Auditoría, debe considerarse prorrogado tácitamente ya que no ha existido manifestación en contrario por alguna de las partes al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil.

III

El 1 de marzo de 2013, el Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid acordó estimar la solicitud, por entender que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo, exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital. Mantuvo en cuanto a la alegación de la sociedad de haber nombrado auditor de cuentas el cual fue acordado por la Junta General de Socios celebrada el día 30 de septiembre de 2011 y que queda prorrogado tácitamente en virtud de lo dispuesto en el artículo 52.2 del Reglamento de la Ley de Auditoría, que, aún cuando la sociedad no está obligada a verificar sus cuentas al poder formular las mismas de forma abreviada tal y como resulta de los depósitos de las cuentas anuales correspondientes a los dos últimos ejercicios y a la propia certificación de la sociedad, relativa al nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2011 y, en segundo lugar, no consta en este Registro la comunicación expresa a la que se refiere el artículo 52.2 del Reglamento que desarrolla la Ley de Auditoría relativa al acuerdo o certificado suscrito por quien tenga competencia legal o estatutaria en la sociedad, en un plazo que no podrá ir más allá de la fecha en que se presenten las cuentas anuales auditadas correspondientes al último ejercido del periodo contratado. Teniendo en cuenta las premisas anteriores, no puede admitirse la causa de oposición alegada por la sociedad, pues el nombramiento de auditor acordado en la Junta General de socios para el ejercicio 2011, no puede acogerse a la prórroga tácita contemplada en los artículos 19 de la Ley de Auditoría y 52.2 de su Reglamento, pues tratándose de una auditoría voluntaria no tiene por qué entenderse prorrogado de forma tácita y por tres años el nombramiento que para un único ejercicio acordó la sociedad, máxime cuando tampoco se ha comunicado al Registro, en el plazo previsto reglamentariamente, que esa fuera la intención social.

IV

Por escrito presentado en el Registro Mercantil de Madrid el 10 de junio de 2013, don ….., en su condición de administrador de la sociedad «Speedlight Asociados, S.L.», solicitante de la auditoría de cuentas, renunció a la anterior solicitud en base a la venta

de sus participaciones sociales y a su inminente salida de la sociedad afectada por la auditoría.

V

El Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid por acuerdo de 12 de junio de 2013 se declaró incompetente para aceptar dicha renuncia, en atención a la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

VI

El 1 de julio de 2013, don ….., en su condición de administrador de la sociedad «Speedlight Asociados, S.L.» se alzó ante esta Dirección General contra la resolución del Registrador Mercantil, alegando, en esencia, que el desistimiento es posible en cualquier momento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 87, 89, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículos 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 2-7-1993 y 21-1-1999.

En el expediente que nos ocupa procede confirmar la decisión adoptada por el Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid el 12 de junio de 2013, 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, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, finalizado el procedimiento con la resolución de la autoridad o funcionario competente, en este caso, el Registrador Mercantil, 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, pues es cierto que el desistimiento puede presentarse en cualquier momento del procedimiento, pero también lo es que no puede aceptarse cuando dicho procedimiento ya ha concluido. Es decir, se trata de una forma de terminación del procedimiento que solo opera cuando éste está abierto.

De la misma manera, existen razones de carácter sustantivo que impiden que el desistimiento pueda prosperar más allá del contexto procedimental iniciado a la solicitud, dado que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital –que reproduce en idénticos términos el antiguo 205.2 de la Ley de

Sociedades Anónimas– reconoce a los socios el derecho a la verificación contable del último ejercicio por auditor nombrado por el Registrador Mercantil como un derecho temporalmente limitado al breve plazo de caducidad de tres meses, vencido el cual ya no cabe disponer del mismo, bien solicitando al Registrador Mercantil el nombramiento de auditor o bien renunciando al nombrado por el Registrador Mercantil cuando su resolución adquirió firmeza.

De hecho, la sociedad queda obligada a presentar las cuentas anuales del ejercicio cuya auditoría se instó por el socio minoritario al Registrador Mercantil, verificadas por el auditor nombrado por él. También el propio auditor de cuentas queda obligado a presentar un informe de auditoría de las cuentas del último ejercicio, incluso con opinión denegada por limitación absoluta del alcance de los trabajos, en el caso de que la sociedad no hubiera entregado la documentación contable.

Consecuentemente, este Centro Directivo carece de competencia para admitir la renuncia al nombramiento de auditor que en su día solicitó el interesado como socio de la compañía, dado que conforme al Reglamento del Registro Mercantil solo puede pronunciarse aceptándolo en vía de recurso de alzada ante esta Dirección contra la decisión del Registrador Mercantil, interpuesto en los plazos establecidos.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto inadmitir el escrito por don ....., en su condición de administrador de la sociedad «Speedlight Asociados, S.L.» solicitante de la auditoría de cuentas, contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid de 12 de junio de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid.

Resolución de 29 de octubre de 2013 (4.ª)

En el expediente 182/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Biciclón Rioja, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de doña ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de La Rioja el 1 de febrero de 2013 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 «Biciclón Rioja, S.L.» el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis, que la solicitud incumple lo establecido en el artículo 351.1.º del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto que no indica la causa de la petición.

III

La Registradora Mercantil de La Rioja, con fecha 14 de mayo de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que en la solicitante concurren las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Mantuvo que la causa de la petición es siempre y típicamente la misma, esto es, la falta de una auditoría previa.

IV

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General aduciendo las mismas alegaciones formuladas en el escrito de oposición y que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia sin necesidad de reiteración. Añadió que la solicitante mantiene que es Consejera del órgano de administración, lo que no es cierto, ya que fue cesada el 12 de abril de 2012, según resulta de la escritura pública autorizada por el Notario don Juan Francisco López Arnedo, el 9 de mayo 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 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 recurso. 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 argumenta 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 núm. 2 del mismo artículo.

2.º Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la solicitud sobre la base de determinadas manifestaciones vertidas por el representante de la socia minoritaria en su instancia, dado que si ha sido o no Consejera del órgano de Administración social es indiferente en este procedimiento, limitado a comprobar si la solicitante es socia de la compañía, reúne o no el porcentaje de capital exigido por la Ley para solicitar y obtener el nombramiento registral de auditor y si presentó su instancia dentro del plazo de caducidad de tres meses también exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, siendo así que, en el caso presente, la interesada reúne las condiciones legalmente exigidas para ejercitar el derecho que solicito.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por, don ….., administrador de «Biciclón Rioja, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de La Rioja el 14 de mayo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de La Rioja.

Resolución de 29 de octubre de 2013 (5.ª)

En el expediente 190/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gruas Rama Transportes y Elevaciones, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Oremor Inversiones, S.L. y Cobreiro 2004, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Pontevedra el 15 de marzo de 2013 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 verificar las cuentas del año 2012 por ser las entidades mercantiles que representa titulares de más del 5% del capital social de «Grúas Rama Transportes y Elevaciones, S.A.». Adjuntaba a su escrito fotocopia de la escritura de Cese de Consejo de Administración y Nombramiento de Administrador Único de la sociedad «Oremor Inversiones SL» otorgada el día 18 de febrero de 2013 ante el Notario de Vigo, don Miguel Lucas Sánchez, núm. 266 de protocolo, en virtud de la cual quedó designada administradora única de la entidad «Oremor Inversiones, S.L.», por plazo indefinido, la entidad «Cobreiro 2004, S.L.» Unipersonal, quien aceptó el cargo manifestando no afectarle incompatibilidad legal alguna para su ejercicio; y don ….., su representante persona física para el ejercicio de las funciones propias del cargo, quien también aceptó el cargo manifestando no estar incurso en ninguna incapacidad o incompatibilidad para su ejercicio; fotocopia de la escritura de compraventa de acciones de la sociedad «Grúas Rama Transportes y Elevaciones S.A.» otorgada el día 18 de noviembre de 2004, ante el Notario de Vigo, don José Antonio Somoza Sánchez, núm. 2.792 de protocolo, de la que resulta que la entidad «Oremor Inversiones, S.L.» es titular de 30.100 acciones de dicha sociedad, núms. 1 al 15.050 y 30.101 al 45.150, todas inclusive; y fotocopia de la escritura de aumento de capital social de la sociedad «Grúas Rama Transportes y Elevaciones, S.A.» –debidamente inscrita en este Registro Mercantil– otorgada el día 25 de noviembre de 2005 ante el Notario de Vigo, don Francisco Fernández Iñigo, número 1.618 de protocolo, en virtud de la cual, la entidad «Oremor Inversiones, S.L.» suscribía 10.000 acciones de dicha sociedad, núms. 70.201 al 80.200, lo que representa en conjunto, el mencionado 50% del capital social.

II

La sociedad, a través de su administrador solidario, don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando, en esencia: 1.º) Que don ….., ha sido condenado a cinco anos de inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período. Dicha sentencia ha sido dictada en segunda instancia, declarando la firmeza de la emitida en primera instancia. 2.º) Que la sociedad carece de liquidez para afrontar el pago que le supondría el nombramiento de un auditor. Adjuntaba a su escrito fotocopia de la Sentencia Núm. 4, de fecha 8 de enero de 2013 de la Aud. Provincial Sección núm.. l de Pontevedra, referida al Rollo de Apelación (LECN) 693/12, Asunto: concurso 69/10 y Procedencia: Mercantil Núm. 3 Pontevedra con sede en

Vigo, desestimando el recurso de apelación interpuesto por «Arkiterra 2006 S.L. L. P.», don ….., «Cobreiro 2004, S.L.» y «Oremor Inversiones, S.L.».

III

El Registrador Mercantil de Pontevedra, el día 8 de abril de 2013, como diligencia de mejor proveer, requirió a la Sociedad, para que, en un plazo de diez días hábiles, procediera a la presentación de Testimonio original de la Sentencia firme que condena a inhabilitación a don Gustavo Lago Rey al objeto de proceder a su inscripción; de conformidad con lo establecido en los artículos 94.1.9 y 320.1.e del Reglamento del Registro Mercantil, y los artículos 24 y 164.3 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal. Así lo hizo a sociedad mediante escrito con entrada en el Registro mercantil el 23 de abril de 2013 en el que dando cumplimiento al requerimiento, adjuntó Testimonio original de la Sentencia n° 93/2012 dictada por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Pontevedra con sede en Vigo, de fecha 25 de mayo de 2012 referida al Procedimiento 36038 1 0300064/2010 sobre concurso ordinario 69/2010 sección 6a calificación; dicho documento ha sido presentado para su inscripción el día 23 de abril de 2013 bajo el número de asiento 3235, al folio 501 del Diario 107, y ha sido calificado el día 8 de mayo de 2013 con defectos subsanables, entre otros, el no estar acreditada su firmeza. (Fundamentos de Derecho: art. 172 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de Julio, art. 213 de la Ley de Sociedades de Capital, art. 321 del RRM, arts. 24, 49 y 52 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 245 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, Resolución de la DGRN de 15 de julio de 2010).

IV

Con fecha de 29 de abril de 2013, el Registrador Mercantil de Pontevedra acordó suspender la tramitación del procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, hasta que se proceda a la inscripción del Testimonio de la sentencia núm. 93/2012 dictada por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Pontevedra con sede en Vigo, de fecha 25 de mayo de 2012 y, en su caso, durante el plazo de vigencia del asiento de presentación.

V

El 18 de junio de 2013 tuvo entrada en el Registro Mercantil de Pontevedra Testimonio de Diligencia de Ordenación de la Audiencia Provincial de Pontevedra sección I, de fecha 21 de febrero de 2013, en la que se tiene por interpuesto recurso de casación, en nombre de «Oremor Inversiones», «Arkiterra 2006», «Cobreiro 2004» y don ….., contra la resolución dictada el día 8 de enero de 2013 en el Recurso de Apelación 693/2012, y, Diligencia de Ordenación del Tribunal Supremo, de fecha 21 de marzo de 2013, en el que se tiene por personado al procurador, don ….. en nombre de «Arkiterra, S.L. L. T.», don ….., «Oremor Inversiones, S.L.» y «Cobreiro 2004, S.L.U.».

VI

Por resolución de 21 de junio de 2013 el Registrador Mercantil de Pontevedra acordó estimar la solicitud de auditoría de cuentas. Mantuvo que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos para solicitar el nombramiento de auditor, pero la

sociedad, que en ningún momento ha negado la condición de socio de la entidad «Oremor Inversiones, S.L.» se opone al nombramiento solicitado en base a que la persona que ha instado la solicitud –don Gustavo Lago Rey– ha sido condenado a cinco años de inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, con fundamento en las Sentencias referidas al Concurso 69/10 de la sociedad «Bernardo Alfageme, S.A.». Encontrándose aún a día de hoy vigente el asiento de presentación del Testimonio de la sentencia n°93/2012 dictada por el Juzgado Mercantil Núm. 3 de Pontevedra con sede en Vigo. Mediante la aportación del Testimonio de Diligencia de Ordenación de la Audiencia Provincial Sección I de Pontevedra, de fecha 21 de febrero de 2013, en la que se tiene por interpuesto recurso de casación en nombre de «Oremor Inversiones, S.L.», «Arkiterra 2006, S.L.», «Cobreiro 2004, S.L.U.» y don ….., contra la resolución dictada el día 8 de enero de 2013 en el Recurso 693/2012, y de la Diligencia de Ordenación del Tribunal Supremo, de fecha 21 de marzo de 2013, en el que se tiene por personado al procurador don ….. en nombre de «Arkiterra, S.L.U.», de don ….., de «Oremor Inversiones, S.L.» y de «Cobreiro 2004, S.L.U.», ha quedado acreditado de manera fehaciente que a la fecha de la solicitud de nombramiento de auditor –15 de marzo de 2013– la sentencia de fecha 25 de mayo de 2012 anteriormente relacionada no es firme, puesto que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dictada en apelación de aquella, fue recurrida con fecha 21 de febrero de 2013.

VII

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadieron: 1.º) Que lo que no ha quedado acreditado en el expediente es que el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra reúna los requisitos de admisibilidad exigidos por el artículo 483 de la LEC, pues solo en ese caso se tendrá por interpuesto. 2.º) Que, de no admitirse dicho recurso de casación, quien actúa en nombre representación de las entidades mercantiles solicitantes del nombramiento de auditor de cuentas, estaría inhabilitado para el ejercicio de tales funciones representativas. 3.º) Que solicita no se tenga por formulada la solicitud de auditoría por «Oremor Inversiones, S.L.», representada por don ….., por ser claras y contundentes las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 y la Audiencia Provincial de Pontevedra.

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 esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por el recurrente. En efecto, las empresas «Oremor Inversiones, S.L.» y

«Cobreiro 2004, S.L.», han acreditado, mediante los documentos adjuntos a la solicitud, que ostenta un porcentaje de capital social de la compañía que les habilita para solicitar el nombramiento registral de auditor de cuentas, pues con ello no hace más que ejercitar un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio. La sociedad, por su parte, no ha desvirtuado dicha condición, ni aportado ningún medio de prueba que demuestre la pérdida de tal condición, ni del porcentaje mínimo requerido, conforme al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para solicitar y obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

2.º Por lo que se refiere a la representación de don ….., como indicó el Registrador Mercantil de Pontevedra, la sentencia de la Audiencia Provincial que confirmó la dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra, fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo y, no constando en el expediente la inadmisión de dicho recurso, debe entenderse que la sentencia de apelación recurrida no es firme y que, por tanto, al tiempo de presentar la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas, estaba facultado para representar a las entidades «Oremor Inversiones, S.L.» y «Cobreiro 2004, S.L.» En este contexto debe recordarse al recurrente que existe un momento concreto para apreciar la representación de quien actúa en nombre y por cuenta de otros y la legitimación de los solicitantes y es el momento de la presentación de la solicitud de auditoría en el Registro Mercantil.

3.º Por último, cabe señalar que el motivo de oposición relativo a las dificultades económicas para costear los gastos de la auditoría, tampoco puede enervar el derecho de los socios minoritarios al nombramiento registral de auditor. Como ha mantenido este Centro Directivo 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, 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 2012.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., administrador solidario de «Grúas Rama Transportes y Elevaciones, S.A.», contra la resolución dictada por la Registradora Mercantil Pontevedra de 18 de junio de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 29 de octubre de 2013 (6.ª)

En el expediente 194/2013 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las acciones de unos socios a instancia de «Trasanquelos, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., doña ……, doña ….., doña ….., doña ….., don ….. y don ….. y la entidad mercantil Trasordes, S. L presentaron un escrito en el Registro Mercantil de A Coruña el 15 de julio de 2013 solicitando, como titulares de unas acciones de la compañía «Trasanquelos, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar su valor aproximado, con el fin de ejercer el derecho a separarse de la sociedad. Alegaron que en el Juicio verbal 252/2011 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña presentaron una demanda arbitral contra «Trasanquelos, S.A.», don ….., don ….. y doña ….. en el que solicitaron se dictase laudo arbitral reconociendo su derecho a separase de la compañía por haberse modificado sustancialmente el objeto social. El 23 de abril de 2013 el árbitro designado, don ….., dictó laudo reconociéndoles este derecho, si bien se abstuvo de proceder al nombramiento registral de auditor de cuentas, por entender que excedía de sus competencias.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad por correo certificado, el 17 de julio de 2013, fue devuelto al Registro Mercantil el acuse de recibo de 19 de julio del mismo año, pese a lo cual, la sociedad no presentó oposición al nombramiento solicitado.

III

El Registrador Mercantil de A Coruña, con fecha 29 de julio de 2013, declaró la procedencia del nombramiento de auditor solicitado, dado que la sociedad, dentro del plazo previsto en el artículo 354.2 del Reglamento del registro Mercantil no se opuso al nombramiento solicitado.

IV

Contra dicha resolución don ….. en nombre y representación de la sociedad afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas, interpuso recurso de

alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que con fecha de 31 de julio de 2013 se recibió la resolución del Registrador Mercantil de A Coruña declarando la procedencia del nombramiento registral de auditor de cuentas, sobre la base de que la sociedad no se había opuesto. 2.º) Que si la sociedad no se opuso fue porque no se notificó la solicitud de los socios. Finalizó su escrito solicitando se le concediera un nuevo plazo de quince días para poder oponerse a dicha solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 346.1.a) de la Ley de Sociedades Capital, 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

1.º Con carácter previo, se ha de señalar que el trámite previsto en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil de oposición social a la solicitud de auditoría es un derecho para la sociedad que si bien está sujeto a un plazo de cinco días, no se trata de un plazo preclusivo por lo que, en cualquier momento del procedimiento y, por supuesto, en esta instancia de alzada la sociedad ha podido formular las alegaciones que tuviera por conveniente contra la solicitud de auditoría, siendo así que, como resulta del escrito de interposición del recurso no ha formulado ni una sola alegación de carácter sustantivo que permita vislumbrar ninguna razón que impida el nombramiento de auditor solicitado. Por consiguiente, no se estima oportuno conceder un nuevo plazo de alegaciones para oponerse a la solicitud pues, como ya se ha dicho, ha podido hacerlo en cualquier momento del procedimiento, en el escrito interponiendo recurso de alzada y también con posterioridad a su presentación el día 16 de agosto de 2013, por lo que procede resolver el fondo del asunto.

2.º La cuestión de fondo 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 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, vista la documentación adjunta a la solicitud, en la que consta el Acta de protocolización extendida por el Notario de Galicia, don José Manuel Lois Puente, núm. 884 de su protocolo, de la que resulta que don ….. dictó el Laudo arbitral de 23 de abril de 2013, en el que decidió que, efectivamente, la sociedad estaba en la obligación de modificar el artículo 2 de sus Estatutos

sociales por estar ejerciendo actividades distintas a las comprendidas en él y reconoció a los socios que hoy solicitan el nombramiento registral de auditor de cuentas el derecho a separarse de la sociedad. Por tanto, se estima procedente el nombramiento de auditor para determinar el valor aproximado de las acciones de los solicitantes.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en representación de «Trasanquelos, S. A,» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de A Coruña de 7 de julio de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 29 de octubre de 2013 (7.ª)

En el expediente 195/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Speed Sound, S.A.».

HECHOS

I

Don …...., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 26 de marzo de 2013 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 5% del capital social de «Speed Sound, S.A.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2013. Adjuntaba a su escrito fotocopia de la escritura de compraventa de acciones otorgada ante la Notaria de Santa Perpetua de Mongoda, doña María Paloma Zaldo Pérez, bajo el núm. 603 de su protocolo, de la que se desprende que don ….., compró 850 acciones de la compañía Industrial Aspec –hoy «Speed Sound, S.A.»– los títulos 1201 a 1300 y 9251 a 10.000, todo inclusive.

II

La sociedad, a través de su Administrador Único, don ….., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante carece de legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas, dado que su participación en el capital social no alcanza el 5% exigido. 2.º) Que la sociedad acaba de realizar el encargo de auditoría al auditor don ….. 3.º) Que el socio solicitante ha venido ocupándose de la contabilidad y demás funciones financieras desde hace más de diez años, por lo que las irregularidades contables deben atribuírsele a él mismo. 4.º) Que se aprovecha de este mecanismo legal para perjudicar los intereses económicos de la sociedad.

III

A la vista de dicho escrito, el Registrador Mercantil núm. V de Barcelona, con fecha de 22 de abril de 2013, instó a la sociedad para que en el plazo de diez días aportara al expediente documentación acreditativa del nombramiento y de la aceptación del auditor. Así lo hizo la sociedad mediante escrito de 14 de mayo de 2013 a través de la indicada representación social, alegando: 1.º) Que la instancia presentada por el solicitante no tiene firma legitimada notarialmente. 2.º) Que habiendo acreditado el nombramiento de Auditor tal como fue requerido mediante oficio de este Registro y siendo conocedores de la necesidad de que la Junta General de Accionistas ratifique el referido nombramiento de Auditor, y al no estar prevista la convocatoria de Junta hasta final del mes de Junio de 2013, con la finalidad de hacerla coincidir con la aprobación, en su caso, de las cuentas anuales 2012, dentro del plazo previsto legalmente a tales efectos solicitaban que se otorgara una prórroga con la finalidad de aportar el resto de documentación tan pronto se dispusiera de la misma y 3o) Que el solicitante carece del requisito establecido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y en el artículo 359.1.1 del Reglamento del Registro Mercantil para fundamentar su petición, por cuanto el mismo no alcanza la cifra mínima de participación accionarial que le exigen dichas normas, el 5% del capital social de la mercantil «Speed Sound, S.A.» Se acompañaba, junto al citado escrito, fotocopia del encargo profesional de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio social de 2012 de la sociedad «Speed Sound, S.A.», de fecha 25 de abril de 2013, suscrito por don ….., en nombre y representación de la sociedad «Speed Sound, S.A.», y por don ….., actuando en su calidad de Auditor, cuyas firmas fueron legitimadas ante la Notaria de Palao-Sólita i Plegamans doña María Oswalda Pérez Ramirez en fecha 9 de mayo de 2013.

IV

El Registrador Mercantil V de Barcelona, 21 de mayo de 2013, instó a la mercantil «Speed Sound, S.A.», para que en el plazo de 10 días hábiles, a contar desde la fecha de recepción del citado oficio, aportaran a esta Oficina documentos originales o testimonio notarial de los mismos justificativos de la disminución o pérdida del porcentaje mínimo exigido por parte del accionista don ……; y además certificación del libro Registro de acciones nominativas de la compañía expedida por el órgano de administración, con firmas legitimadas notarialmente, relativa al número de acciones que posee don ….. en la sociedad de referencia, y el porcentaje que las mismas representan del total de las acciones de la compañía.

El mismo día de 21 de mayo de 2013 el Registrador Mercantil núm. V de Barcelona cursó oficio al solicitante de la auditoría de cuentas, al que trasladó las alegaciones relativas

a su falta de legitimación, formuladas por la sociedad a fin de que en el plazo de cinco días pudiera realizar las manifestaciones que estimara oportunas. Así lo hizo el solicitante, el 4 de junio de 2013 –dentro del plazo concedido– que aportó a esta Oficina escrito, en el que alegaba, en esencia: 1.º) Que continúa ostentando el 5,67% del capital social de «Speed Sound, S.A.» tal y como exige el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, además de que carece de todo fundamento la alegación de la oponente relativa a que no reúne el requisito de legitimación, puesto que no ha sido acreditada en ningún momento; 2.º) Que el contrato celebrado entre el representante de la sociedad «Speed Sound, S.A.» y el auditor don ….. es de fecha 25 de abril de 2013 y la legitimación notarial de las firmas de los contratantes se realiza en fecha 9 de mayo de 2013, siendo ambas fechas posteriores a la solicitud de nombramiento de auditor realizada en fecha 26 de marzo de 2013 y posteriores a sus alegaciones presentadas el 16 de abril de 2013; 3.º) Que, asimismo, independientemente de la fecha en que se haya realizado tal nombramiento de auditor por parte de la sociedad y de los requisitos anteriormente expuestos, dicho nombramiento es del todo ineficaz por cuanto no ha sido nombrado por la Junta General de «Speed Sound, S.A.» de conformidad con las competencias de este órgano societario reconocidas en el artículo 160 *b)* de la Ley de Sociedades de Capital, reservándose por todo ello el derecho a ejercitar cuantas acciones legales sean necesarias para la defensa de sus intereses. Adjuntó a su escrito copia de escritura de compraventa de acciones, otorgada en fecha 26 de marzo de 2001, ante la Notaria de Santa Perpetua de Mogoda, doña María Paloma Zaldo Pérez, núm. 603 de protocolo, de la que se desprende que don ….. compró 850 acciones, núms. 1.201 al 1.300 y 9.251 al 10.000 de la mercantil «Industrial Aspec, S.A.» –actualmente denominada «Speed Sound, S.A.»– y copia simple de escritura de compraventa de acciones, otorgada en fecha 30 de junio de 2003, ante la Notario de Palau-Solita i Plegamans doña María Oswalda Pérez Ramírez, núm. 892 de protocolo, de la que se desprende que don ….. vendió 283 acciones, núms. 9.251 al 9.533 de la compañía «Speed Sound, S.A.».

V

El Registrador Mercantil núm. 5 de Barcelona, mediante oficio de 10 de junio de 2013 dio traslado a la sociedad del escrito presentado por el solicitante, así como de la documentación adjunta al mismo, concediéndole un plazo de 5 días hábiles a fin de que pudieran realizar alegaciones complementarías a las efectuadas en su escrito de oposición. Asimismo, mediante oficio de fecha 13 de junio de 2013 le concedió un nuevo plazo de 10 días hábiles, a contar desde la fecha de recepción del citado oficio, a la sociedad «Speed Sound, S.A.» para que aportara los documentos originales o testimonio notarial de los mismos justificativos de la disminución o pérdida del porcentaje mínimo exigido por parte del accionista don …..; y además certificación del libro Registro de acciones nominativas de la compañía expedida por el órgano de administración, con firmas legitimadas notarialmente, relativa al número de acciones que posee don ….. en la sociedad de referencia, y el porcentaje que las mismas representan del total de las acciones de la compañía. A dichos requerimientos la sociedad contestó mediante escrito de 21 de julio de 2013, manteniendo: 1.º) Que en cuanto a la legitimación del solicitante, don ….. ostentaba el cargo de jefe financiero, administrativo y contable de la sociedad hasta diciembre de 2012, motivo por el cual no disponen de más información y documentación de la ya remitida y ofrecida, por cuanto está desempeñándose, desde el despido del Sr. Sala, una ardua tarea para recopilar, organizar, ordenar y discernir toda la información de la que se dispone, así como del estado contable que aquél dejó, incluso poniendo al día el libro Registro de Socios de la sociedad, como consecuencia de la negligente gestión llevada a cabo por el desempeño de sus cometidos. 2.º) Que, en cuanto al nombramiento de auditor por parte del Registro Mercantil, que

resulta indiferente que el nombramiento de auditor por parte de la sociedad se haya llevado a cabo con anterioridad a la solicitud del socio; puesto que el derecho que ostenta el socio consiste en poder solicitar una auditoría con cargo a la sociedad, pero ello no quiere decir, que necesariamente la misma deba llevarse a cabo a través de un auditor nombrado por el Registro Mercantil; 3.º) Que en vista de la actitud mantenida por el Sr. Sala, considera evidente que su conducta responde a un intento de perturbar al resto de socios como consecuencia de su despido, obligándoles a realizar los escritos de alegaciones, o bien a asumir el coste de una segunda auditoría con cargo a la sociedad en un momento económicamente tan delicado, conocedor de que ya se había encargado la primera, tal y como se le puso de manifiesto al Sr. Sala cuando acudió al acto de conciliación como trabajador despedido.

VI

El Registrador Mercantil núm. 5 de Barcelona, con fecha 25 de julio de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Tras señalar que el solicitante había presentado la instancia dentro del plazo legalmente exigido, mantuvo que, en cuanto a la titularidad mínima necesaria, de la documentación aportada al presente expediente por parte del solicitante y de la Hoja abierta en este Registro a nombre de la sociedad «Speed Sound, S.A.», se desprende que don ….. asumió y adquirió un número de acciones representativas de más del 5% del capital social de la referida mercantil, constituyendo la referida documentación aportada por fotocopia un principio de prueba por escrito, según ha establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado en resoluciones de fechas 6 de septiembre de 2004, 11 de junio de 2007 y 17 de octubre de 2009, entre otras, manifestando el solicitante que, a la fecha de la solicitud, continúa poseyendo una participación superior al mínimo requerido. No obstante ello, la sociedad alega que el solicitante carece del requisito establecido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y en el artículo 359.1.1 del Reglamento del Registro Mercantil para fundamentar su petición por cuanto el mismo no alcanza la cifra mínima de participación accionarial que le exige la norma, el 5% del capital social de la mercantil «Speed Sound, S.A.», pues sólo posee un 4,67% del capital social de la referida compañía. Esta cuestión ha sido reiteradamente abordada por la Dirección General de los Registros y del Notariado entendiendo suficiente para acreditar legitimación del solicitante la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 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 suficiente que demuestre que el socio minoritario 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 (pueden verse al respecto resoluciones del citado Centro Directivo de fechas 16 de febrero y 7 de abril de 2009 y 12 de mayo de 2010, entre otras). En el caso que nos ocupa, el solicitante ha acreditado que reúne el requisito de capital exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital tal y como se ha hecho constar en los Hechos, sin que la sociedad oponente, por su parte, haya aportado prueba suficiente que desvirtúe la legitimación acreditada en base al contenido del Registro y a la documentación aportada por el promotor del expediente, dado que de la documentación aportada por la sociedad junto al escrito de oposición, únicamente se desprende que a la Junta General Extraordinaria, debidamente convocada, celebrada en fecha 28 de diciembre de 2011, asistió el 96,67% del capital social de la citada compañía; sin que de la misma se

pueda deducir el porcentaje que ostenta el solicitante, y sin que a pesar de los posteriores requerimientos realizados, la sociedad haya aportado junto a los ulteriores escritos de alegaciones, prueba suficiente que desvirtúe dicha legitimación.

En cuanto al nombramiento voluntario de auditor de cuentas, señaló que para que, pudiera enervar el derecho del socio, debía reunir 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, de la documentación aportada a este expediente consta que, el nombramiento de auditor por parte de la sociedad y su aceptación (de fecha 25 de abril de 2013), así como la fecha en que se legitimaron notarialmente las firmas (9 de mayo de 2013) fueron posteriores a la solicitud –la cual fue presentada en fecha 26 de marzo de 2013– y tampoco aparece cumplida la segunda de las condiciones requeridas a fin de que pueda entenderse enervado el derecho del referido socio toda vez que no se ha garantizado ineludiblemente al mismo la existencia de la auditoría por ninguno de los medios señalados (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 11 de mayo de 2009,3 de mayo y 28 de junio de 2010, entre otras). Cabe también indicar, respecto a la alegación vertida por la sociedad relativa a que siendo conocedores de la necesidad de que la Junta General de Accionistas ratifique el referido nombramiento de Auditor, el nombramiento/designación formal del auditor Sr. ….. tendrá lugar en la Junta General de Accionistas en la que, también, se someterán a aprobación las cuentas anuales y el informe de gestión, y en cuanto a la manifestación realizada por el solicitante en su escrito relacionado en el Hecho Cuarto, referente a que dicho nombramiento es del todo ineficaz por cuanto no ha sido nombrado por la Junta General de «Speed Sound, S.A.» de conformidad con las competencias de este órgano societario reconocidas en el artículo 160 *b)* de la Ley de Sociedades de Capital, que la Dirección General de los Registros y del Notariado 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 de Sociedades de Capital) en aquellas otras sociedades que pueden presentar balance abreviado –como es el caso según se ha hecho constar en los Hechos–, el órgano de administración social está plenamente facultado para nombrar auditor de cuentas, por tratarse de un acto de gestión y buena administración (resoluciones de dicho Centro Directivo de fechas 10 de junio de 2010 y 3 de enero y 23 de febrero de 2011, entre otras). Habida cuenta de las circunstancias anteriormente expuestas, no se considera necesario otorgar la prórroga solicitada por parte de la sociedad para aportar la ratificación en Junta General de Accionistas del nombramiento de Auditor alegado, ya que la decisión del presente expediente sería en esencia la misma. En cuanto al hecho alegado por la sociedad relativo a que el solicitante se ha ocupado de las funciones contables y financieras de la sociedad, dichas alegaciones no puede impedir que ejercite un derecho que por ley le corresponde. Como ha mantenido la Dirección General de los Registros y del Notariado, esto solamente ocurriría si hubiera gestionado en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ejercido la administración con carácter solidario, pues en estos últimos supuestos habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración, lo que no es el caso (pueden verse al respecto Resoluciones del citado Centro Directivo de fechas 29 de abril, 16 de mayo y 7 de junio de 2011, entre otras). Además, porque la información y conocimiento que pudiera tener el solicitante de los datos contables de la compañía no impide el ejercicio del derecho de auditoría: información y auditoría son derechos que, aunque complementarios, resultan distintos por su

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 (arts. 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 segundo lugar, debe precisarse que existe abundantísima doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalando 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 sólo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 1.902 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 22 de octubre de 2010, entre otras). En cuanto a que la solicitud carece de finalidad, es preciso señalar 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 (en este sentido pueden verse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio y 7 de octubre de 2010, entre otras) Finalmente, añade la sociedad, en su escrito que tuvo entrada en este Registro en fecha 14 de mayo de 2013, referido en el Hecho tercero anterior, que existe un defecto en la solicitud de nombramiento del auditor efectuada por el Sr. Sala, al carecer ésta de firma auténtica o legitimada notarialmente. Debe precisarse al respecto que el Reglamento del Registro Mercantil, al regular el procedimiento sobre nombramiento de auditor, no ha querido ser riguroso en exigencias formales y, en consecuencia, basta al peticionario para acreditar su legitimación con que en la solicitud 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 solicitante del presente expediente la legitimación necesaria para formular la solicitud de nombramiento de auditor, pues pese a lo que quien suscribe el escrito de oposición manifiesta, no ha desvirtuado la presunción de legitimación de ninguna forma. Asimismo, tampoco podría rechazarse por igual defecto los escritos suscritos por la representación social incorporados en el expediente (pueden verse al respecto resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 26 de agosto de 2009 y 22 de junio y 26 de agosto de 2010, entre otras).

VII

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

escrito de oposición y añadiendo: 1.º) Que la sociedad no está obligada a la verificación contable, por lo que no está sujeta a los plazos establecidos por la ley para aquellas sociedad que por no poder presentar sus cuentas en forma abreviada, están obligadas a nombrar auditor en la forma y dentro de los plazos establecidos en la ley. 2.º) Que, por tanto, es indiferente que el nombramiento de auditor por parte de la sociedad se haya realizado o no con anterioridad a la presentación de la instancia en el Registro Mercantil. 3.º) Que el 30 de julio de 2013 el socio solicitante ya sabía que el informe de auditoría se había realizado por el auditor de cuentas nombrado al efecto, por lo que debe rechazarse la petición del socio minoritario, dado que la sociedad ya ha garantizado su derecho. 3.º) Que tal y como la sociedad ha venido poniendo de manifiesto, se pretendió nombrar un auditor de cuentas cuando el solicitante cesó en sus funciones de llevanza de la contabilidad social y financiera, circunstancia que se puso en su conocimiento el 25 de marzo de 2013, en el Acto de Conciliación derivado del procedimiento de despido y, precisamente, un día después el Sr. Salas presentó en el Registro Mercantil su instancia solicitando el nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil. 4.º) Que la sociedad entiende que la petición de auditoría de cuentas obedece a la intención del 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, 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 Dado que la sociedad en el escrito de interposición del recurso de alzada reduce las alegaciones formuladas en sus escritos de oposición y de alegaciones posteriores a mantener la enervación del derecho del socio sobre la base de la auditoría voluntaria contratada y sobre la base de las motivaciones que tuvo el socio al instar la auditoría de cuentas del ejercicio 12012, esta resolución se contraerá a dilucidar estos dos motivos de impugnación.

En primer lugar, cabe señalar que ciertamente el nombramiento de auditor por las sociedades que pueden presentar sus cuentas en el Registro Mercantil de forma abreviada no está sujeto a las normas sobre competencia y términos para nombrar auditor por la Junta general, a las que sí lo están aquellas otras sociedades obligadas por ley a la verificación contable por auditor de cuentas. Sin embargo esta cuestión es distinta a la posibilidad de enervación del derecho del socio, fundado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, por la previa existencia de una auditoría voluntaria.

Sobre esta última posibilidad, este Centro Directivo ha mantenido 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, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participa-

ciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

Como excepción a esta regla general, este Centro Directivo ha reconocido desde antiguo el hecho de que, dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea éste judicial, registral o voluntario, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: *a)* Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. *b)* Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

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

En el supuesto analizado, si bien es cierto que consta en el expediente el informe de auditoría de cuentas, realizado por el auditor don ….., no lo es menos que, de las propias manifestaciones de la sociedad se deduce que la contratación del auditor fue posterior a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil el 26 de marzo de 2013, dado que el encargo de la auditoría de cuentas y la aceptación del auditor tuvieron lugar el 25 de abril de 2013, siendo legitimadas las firmas el 6 de mayo de 2013, lo que prueba que el nombramiento de voluntario de auditor de cuentas no reúne la primera de las condiciones exigidas por esta Dirección General y, en consecuencia debe ser reconocido el derecho del socio a la auditoría que solicitó.

2.º Tampoco las motivaciones espurias que la sociedad atribuye al solicitante pueden enervar su derecho al nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil, dado que, como ha mantenido este Centro Directivo, 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 recordar que el conocimiento por parte del socio de la contabilidad social se incardina en el derecho de información que tienen todos los socios, el cual es distinto al derecho a la verificación contable. Ambos derechos, aunque relacionados y complementarios, resultan diferentes por su finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio *(cfr.* arts. 196 y 197 en relación con el art. 272 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 «Speed Sound, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 5 de Barcelona el 25 de julio de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 5 de Barcelona.

Resolución de 4 de noviembre de 2013 (1.ª)

En el expediente 159/2013 sobre nombramiento de auditores a instancia de un socia de «Drug Farma, S.L.».

HECHOS

I

Don ....., doña ....., doña ....., don ....., don ..... y doña ..... Blanco, presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 25 de marzo de 2013, solicitando, al amparo del 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como socios de «Drug Farma, S.L.» el nombramiento de un auditor para que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2013.

II

La sociedad, a través de don ….., en su condición de Administrador Único, se opuso a dicha pretensión negando la legitimación a la solicitante de la auditoría, doña ….., ya que la condición de socio la ostenta su marido, don ….., según consta en la escritura de compraventa otorgada por el Notario de Madrid, don José Periel García, el día 5 de febrero de 1998, bajo el núm. 380 de su protocolo, aportada por los solicitantes y así resulta del libro Registro de Participaciones Sociales, del cual se acompaña testimonio. Continuó alegando que, al no estar legitimada doña ….., los demás solicitantes no reúnen el 5% del capital social necesario para solicitar el nombramiento de Auditor.

III

A la vista de dicho escrito, el Registrador Mercantil núm. 5 de Madrid, con fecha de 11 de abril de 2013, requirió a doña Emilia Núñez González para que en el plazo de diez días que acreditara su condición de socia, a la vista del libro de participaciones sociales y de la cesión de la titularidad de sus participaciones a favor de su esposo. A dicho requerimiento la interesada contestó mediante escrito de fecha 26 de abril de 2013, aportando copia del libro de familia y manifestando continuar vigente el régimen matrimonial de gananciales.

IV

El Registrador Mercantil núm. 5 de Madrid, con fecha 20 de mayo de 2013, acordó estimar las solicitud y declarar la procedencia del nombramiento solicitado, al entender que la sociedad niega la legitimación de una de las solicitantes, doña ….., al haber transmitido las participaciones sociales de las que era titular a su marido, don ….., por lo que no siendo ya socia de la sociedad, no puede tenerse en cuenta su porcentaje anterior con el fin de alcanzar el 5% del capital social necesario para solicitar el nombramiento de Auditor por el registro mercantil, porcentaje que no se reúne por los demás socios solicitantes. En el supuesto analizado se aportó con la solicitud, escritura de compraventa de participaciones sociales de la sociedad «Drug Farma, S.A.» autorizada por el Notario de Madrid, don José Periel García, el día 5 de febrero de 1998, bajo el núm. 380 de su protocolo, a cuyo otorgamiento compareció doña ….., casada en régimen de gananciales con el también compareciente, don ….. a quien cede la titularidad de sus participaciones sociales. A requerimiento de este Registro, con fecha 26 de abril de 2013, la solicitante, doña ….., presentó escrito aclaratorio de la solicitud inicial, manifestando su condición de socia al estar vigente el régimen matrimonial de gananciales entre ella y su esposo, don Raúl del Mazo Yáñez, y aportando fotocopia del libro del Familia. Si bien en dicho escrito se señala por la compareciente la adhesión de su marido a la solicitud de nombramiento de auditor mediante la firma de éste en el escrito, lo cierto es que el escrito relacionado carece de su firma. No obstante, no se ha requerido la firma omitida por no ser necesaria para la resolución del expediente en consonancia a la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, declarando que cualquiera de los miembros de la sociedad de gananciales, está legitimado para realizar actos de gestión y administración de dicha sociedad de gananciales, ya que ésta es la naturaleza que debe atribuirse a la acción de solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de abril de 1997, 21 de diciembre de 1998, 24 de junio y 26 de septiembre de 2002, 20 de enero y 28 de septiembre de 2004, 25 de mayo de 2007, 27 de

noviembre de 2008,11 de mayo de 2010, entre otras). Por último indicar, respecto a que la solicitante no figura inscrita en el libro registro de socios, que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido –con el fin de no dejar en manos de los socios mayoritarios el ejercicio de un derecho que la Ley reconoce a las minorías– que no es precisa esta inscripción para ejercer el derecho al nombramiento registral de auditor, sino que basta con acreditar –como ha hecho la solicitante en el presente expediente– la titularidad sobre el porcentaje alegado, que sumado al de los otros solicitantes, supera el porcentaje exigido por la Ley (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 2002, 6 de octubre de 2006 y 11 de mayo de 2010). Añade la sociedad, que en el hipotético caso de sustitución de la condición de socio debería procederse conforme a los estatutos sociales que regulan el sistema de transmisión de las participaciones sociales y expresamente incluyen el supuesto de disolución o liquidación de gananciales, procedimiento que no se ha seguido por lo que carecería totalmente de eficacia frente a la sociedad la sustitución en la persona del socio. Dicha manifestación carece de trascendencia en este proceso, pues la solicitante no alega la propiedad de las participaciones sociales por liquidación de la sociedad de gananciales y la propia sociedad reconoce «a hipotética sustitución de la condición de socio» Por tanto, no siendo alegado ni existente el cambio de socio, no procede entrar en el fondo del asunto.

V

Con fecha de 22 de mayo de 2013, el Registrador Mercantil núm. 5 de Madrid acordó rectificar un párrafo erróneo de su anterior resolución de 6 de mayo de 2013, comunicada a la sociedad el 20 de mayo de 2013 e hizo constar que: El párrafo antepenúltimo de los fundamentos de derecho, que comienza «añade la sociedad...» se debe tener por no puesto. En el penúltimo párrafo de los fundamentos de derecho relacionados en dicho acuerdo ha sufrido un error de trascripción, que una vez subsanado el error queda redactado de la forma siguiente: «Por lo expuesto, queda desestimada la oposición de la sociedad «Drug Farma, S.L.» procediendo el nombramiento de auditor para la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012 de la citada sociedad, solicitado por don José Garcés Nafarrete, doña Rosa Jorba Julia, doña Emilia Núñez González, don Enrique González Morales, don Alberto García del Egido y doña María Isabel Rojo Blanco, al concurrir las circunstancias de capital y tiempo requeridas para la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas». Dado que el error del citado párrafo afecta a la conclusión del acuerdo registral, el plazo para interponer recurso de– alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado es el de quince días, contados desde la presente notificación de corrección de errores, mediante escrito presentado en este Registro Mercantil, conforme a lo establecido en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

VI

Contra dicha resolución la indicada representación social interpuso, en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando: 1.º) Que las resoluciones deben ser íntegras y claras no teniendo que realizar posteriormente aclaraciones e interpretaciones de las mismas. Erróneamente se incluyó en la resolución supuestos párrafos de otros escritos, de tal forma que cuando se desestima la oposición se hace en referencia a una sociedad distinta. 2.º) Que en el escrito presentado por doña ….. se hacen una serie de manifestaciones en relación con la titularidad ganancial de las participaciones sociales y aporta un documento en el que consta en la antefirma el nombre de don …... Sin embargo, dicho Señor no

firmó el escrito. 3.º) Que la sociedad desconoce la situación matrimonial de la solicitante de la auditoría de las personas antes mencionadas, pero si don ….. se negó a firmar dicho documento es que no está conforme con la solicitud de auditoría. Y, en consecuencia no es cierta la adhesión a la misma. 5.º) Que Doña Emilia Núñez González trasmitió sus participaciones sociales a don ….., mediante escritura pública autorizada por el Notario de Madrid, don José Periel García el 5 de febrero de 1998, núm. 380 de su protocolo, siendo él quien asiste a las Juntas Generales, tal como se desprende la escritura de cambio de órganos de administración social. Consecuentemente, la solicitante ha dejado de ser socia de la compañía, por lo que no puede ser tenida en cuenta su anterior porcentaje a fin de alcanzar el 5% del capital social.

VII

Con fecha de 27 de agosto de 2013 este Centro Directivo, a través del Registro Mercantil de Madrid, requirió a Doña ….., para que aportara al expediente el certificado literal de matrimonio con 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 la de 27 de abril de 2010.

1.º Con carácter previo, cabe señalar que este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas se rige por su regulación específica, contenida en los artículos 351 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y con carácter supletorio, en todo lo no previsto en dicha regulación es aplicable la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 105.2 faculta a las Administraciones Públicas para corregir de oficio sus propios errores materiales y/o aritméticos, siendo así que advertido por el Registrador Mercantil el error material padecido en su acuerdo, procedió a su rectificación, al resultar de toda la documentación que consta en el expediente que la sociedad afectada por la solicitud de auditoría es «Drug Farma, S.L.» en vez de «Albillar Madrid, S.L.» como erróneamente se hizo constar en el anterior acuerdo, manteniendo idénticos la fundamentación y el fallo de su resolución y prorrogando el plazo de interposición del recurso de alzada.

Dicha corrección no ha originado indefensión alguna en la sociedad que ha podido recurrir en alzada, señalando las irregularidades que creyó producidas en la tramitación del expediente y alegando las cuestiones sustantivas que consideró oportunas.

2.º La cuestión de fondo que plantea el presente recurso no es otra que la de determinar si los solicitantes de la auditoría han acreditado o no su legitimación para el ejercicio del derecho a la verificación contable.

Sobre 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 –artículo 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 la condición de socio de don ….. y su titularidad sobre un número de participaciones sociales, equivalente al 5% del capital social, adquiridas en estado de casado en régimen de gananciales con doña ….. y constando vigente el matrimonio ha quedado, básicamente, acreditada la legitimación de ésta y de los demás solicitantes para ejercer el derecho al nombramiento registral de Auditor.

La alegaciones de la sociedad recurrente que pretenden desvirtuar la legitimación de los solicitantes se reducen a una serie de presunciones que deben ser rechazadas en esta instancia, a la vista del certificado literal de matrimonio de don ….. del que resulta que a 20 de septiembre de 2013 su matrimonio continúa vigente y, asimismo, que no existiendo régimen económico matrimonial pactado rige el vigente en los territorios de derecho común que es el de sociedad de gananciales, en el cual existe una cotitularidad sobre todos los bienes que integran la comunidad ganancial 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. Como quiera 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 los solicitantes están legitimados por sí mismos para obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

Además de lo señalado en el párrafo precedente, se ha de recordar que 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 104 y 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 solidario de «Drug Farma, S.L.», y confirmar la resoluciones del Registrador Mercantil núm. 5 de Madrid de 20 de mayo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 noviembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 5 de Madrid.

Resolución de 4 de noviembre de 2013 (2.ª)

En el expediente 161/2013 sobre nombramiento de auditor de cuentas para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales a instancia de un socio de «Desarrollos Industriales Sora, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Uve, S.A.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Zaragoza el 1 de febrero de 2013 solicitando el nombramiento de un Auditor de cuentas, conforme a los artículos 107 de la Ley de Sociedades de Capital y 11 de los Estatutos sociales para determinar el valor aproximado de las participaciones sociales de la entidad «Desarrollos Industriales Sora, S.L.», con el fin de ejercitar el derecho de adquisición preferente.

II

Notificada dicha instancia a la sociedad, don ….., presidente del Consejo de Administración de «Desarrollos Industriales Sora, S.L.», presentó un escrito, en el que trasladó la

oposición de don ….., en nombre y representación del socio vendedor de dichas participaciones sociales, la entidad mercantil «Hermanos Mena Gerico, S.L.» por entender que, de conformidad con lo establecido en el artículo decimoprimero de los Estatutos sociales, la determinación del valor de las participaciones, en estos casos, debe ser efectuada en primer término por el auditor de la sociedad y, sólo en su defecto, por el que designe el Registrador Mercantil.

III

El Registrador Mercantil de Zaragoza, con fecha 19 de febrero de 2013, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor, sobre la base de que, efectivamente, el artículo 11 de los Estatutos sociales de la mercantil «Desarrollos Industriales Sora, S.L.», de cuyas participaciones sociales se trata, prevé que en caso de ejercicio del derecho de adquisición preferente, el precio será el comunicado por el socio transmitente a la sociedad. No obstante, aquéllos podrán impugnarlo por excesivo, en cuyo caso la adquisición se llevará a cabo: por el precio que el auditor de la sociedad considere que se ajusta al valor real de dichas participaciones sociales; en su defecto, por el que fije la persona elegida voluntariamente por el socio que pretende transmitir y el que quiere adquirirlas; y a falta de acuerdo por el que determine el registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de cualquiera de los interesados con relación a la fecha de la notificación. Consta, por otra parte, en la hoja registral de la sociedad el nombramiento de un auditor, vigente hasta el ejercicio 2015. Teniendo en cuenta que el régimen de transmisión de participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada está sujeto preferentemente a la voluntad social, manifestada en Estatutos, sin más restricciones que las que, imperativamente, imponga la legislación aplicable, de modo que la regulación legal es supletoria de la convenida por los socios (art. 107 Ley de Sociedades de Capital), no cabe duda que, cuando regulen esta materia, hay que estar respecto de ella a lo que dispongan los Estatutos sociales, dentro del ámbito de autonomía de la voluntad dejado por la Ley. En este caso, existe una regulación estatutaria válidamente establecida como se desprende su inscripción vigente en la hoja registral de la sociedad a la que debe estarse para resolver la cuestión planteada. Según dicha regulación, la valoración de las participaciones sociales objeto del ejercicio de un derecho de adquisición preferente ha de efectuarse por el auditor de la sociedad y, sólo en su defecto, por otros auditores, en último término, por el designado por el Registrador Mercantil. No puede entenderse que dicha previsión estatutaria haya quedado sin efecto por la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en el que, sin antecedente alguno en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, se introduce en el apartado 3 del artículo 107 la prohibición de que en los Estatutos se atribuya al auditor de la sociedad fijación del valor de las participaciones a los efectos de su transmisión, por cuanto ni se dispone expresamente la aplicación retroactiva respecto de estatutos sociales que así lo tuvieran previsto, ni se impone que éstos debieran adaptarse a la nueva previsión legal. Téngase en cuenta que la restricción legal, que puede tener fundamento cuando es la propia sociedad la que está interesada en adquirir las participaciones, carece de él cuando se trata de transmisiones entre socios, respecto de los cuales el Auditor de la sociedad es absolutamente independiente.

IV

Con fecha de 17 de mayo de 2013 don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Uve, S.A.» presentó un nuevo escrito en el Registro Mercantil de Zaragoza,

poniendo en conocimiento del Registrador que el auditor de cuentas de la sociedad «Desarrollos Industriales Sora, S.L.», rechazó el encargo de determinar el valor aproximado de las participaciones sociales por entender que podía incurrir en causa de incompatibilidad, tal como resulta de la respuesta a la consulta formulada al ICAC. Finalizó reiterando su solicitud de nombramiento registral de Auditor.

V

A la vista de dicho escrito el Registrador Mercantil de Zaragoza, con fecha de 27 de mayo de 2013, acordó reabrir el expediente, manteniendo en síntesis que, los Estatutos de la sociedad en su artículo 11 prevén que, a falta de acuerdo sobre el valor propuesto por el socio transferente, la valoración de las participaciones será realizada por el auditor de la sociedad; en su defecto por el que elijan transferente y adquirente; y a falta de acuerdo, por el designado por el Registrador Mercantil. A la vista del artículo 13.e) del Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, que la respuesta del I.C.A.C. interpreta como que establece una incompatibilidad del auditor de la sociedad para realizar la valoración de las participaciones, procede reabrir el expediente y nombrar auditor para realizar la valoración de las participaciones, a no ser que en el plazo de diez días desde la recepción de la notificación manifiesten ambas partes un acuerdo sobre el precio o la persona que realice dicha valoración y desistan de la solicitud presentada.

VI

Contra dicha resolución don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Hermanos Mena Gerico, S.L.» socia vendedora de las participaciones sociales, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Que una vez dictada una resolución que posteriormente no fue recurrida y que, por tanto, devino firme el Registrador no puede reabrir el expediente, lo cual además debería haberse notificado a la entidad recurrente, por cuanto que compareció en el procedimiento oponiéndose a la solicitud de nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil. 2.º) Que la resolución del Registrador que adelanta que nombrará auditor de cuentas a menos que se le notifique el acuerdo de las partes bien sobre el precio de las participaciones sociales, bien sobre la persona que haya de valorarlas o bien se desista a la solicitud, no es ajustada a derecho, dado que el artículo 11 de los Estatutos Sociales prevén que en el supuesto de que el socio esté interesado en adquirir participaciones sociales objeto de la transmisión, el valor real de las mismas será fijado por el auditor de la sociedad. 3.º) Que frente a esta norma estatutaria de la sociedad, no puede oponerse la incompatibilidad que aduce la firma auditora, basándose en una consulta formulada ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y en el artículo 13 e) de la vigente Ley de Auditoría de Cuentas, porque esa incompatibilidad no existe, dado que el auditor de cuentas no desarrolla sus funciones para la sociedad sino para los socios, que son personas diferentes. 4.º) Que dicho precepto legal reproduce el antiguo artículo 8.3.c) de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, precepto que se trae a colación por cuanto que la Dirección General resolvió un supuesto similar al actual en la resolución de 1 de diciembre de 2003, confirmada por las sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 y de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 30 de julio de 2005.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 107 de la Ley de Sociedades de Capital, 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

La única cuestión que plantea el presente recurso se centra en determinar si procede o no el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil cuando los Estatutos sociales prevén que sea el auditor de la sociedad el que determine su valor aproximado de las acciones, en los casos de ejercicio del derecho de adquisición preferente.

Para resolverla, se ha de partir de la consideración de que el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil solo autoriza tal nombramiento registral en los casos legalmente previstos, lo que supone 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, sino que tiene que concurrir la circunstancia de tratarse de uno de los supuestos tasados en la Ley.

En el caso que nos ocupa, aun cuando el auditor de cuentas de la sociedad no hubiera apreciado su propia incompatibilidad, como sí hizo, de una interpretación conjunta de los artículos 107.3 de la Ley de Sociedades de Capital y del 13.1.e) del Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, se llega a la conclusión de que la finalidad de estos preceptos es la de reforzar los principios de independencia, objetividad e imparcialidad que deben presidir la actividad auditora, estableciendo para ello la presunción de incompatibilidad del auditor cuando concurren una serie de causas tasadas, entre las que se encuentra la prevista en el artículo 13.1 e) del Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas. Por lo que se estima que, aun no existiendo obligación legal de adaptación de Estatutos sociales a la normativa legal vigente, el precepto estatutario invocado por el recurrente debe ceder ante esta innegable voluntad del legislador que impone el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil en el caso de «prestación a la entidad auditada de servicios de valoración que conduzcan a la evaluación de cantidades significativas, medidas en términos de importancia relativa, en los estados financieros u otros documentos contables de dicha entidad correspondientes al período o ejercicio auditado» que es, en definitiva, el supuesto de hecho planteado en el presente expediente.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de la entidad mercantil «Hermanos Mena Gerico, S.L.» socia vendedora de las participaciones sociales de la sociedad «Desarrollos Industriales Sora, S.L.», contra la Resolución del Registrador Mercantil de Zaragoza de 27 de mayo de 2013.

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

mación administrativa, de conformidad con 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 noviembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil Zaragoza.

Resolución de 8 de noviembre de 2013 (1.ª)

En el expediente 99/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tasaciones Appraise, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 22 de marzo de 2013 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 accionista con el 50% del capital social de «Tasaciones Appraise, S.A.» el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012. Añadió que las acciones de la citada entidad mercantil fueron declaradas propiedad doña ….. al 50% por sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de septiembre de 2008.

II

La sociedad, a través de su administrador, don ….., se opuso a dicha pretensión, alegando, en síntesis: 1.º) Que la solicitante es titular del 5% y no del 50% como alega en su instancia. 2.º) Que además de lo anterior, se encuentra en mora del pago de dividendos pasivos pendientes. Esta situación se hizo constar en las Juntas Generales celebradas ante Notario de los años 2002 a 2007. En las Juntas generales posteriores doña …..a no se personó, a pesar de conocer la sentencia dictada por el Juzgado 71 – Audiencia provincial de 16 de septiembre de 2008. 3.º) Que la solicitante sustrajo la documentación contable y financiera y en la querella interpuesta ante el Juzgado núm. 40, en el PA 4110/2000, también planteó el desconocimiento contable. Esta sustracción ha acarreado graves problemas a la sociedad. 4.º) Que la solicitante acompañó a su instancia la diligencia de ordenación, dictada por el Juzgado 71, de 7 de diciembre de 2012 para preconstituir una prueba falsa. 5.º) Que con posterioridad a esa diligencia se presentó ante el Juzgado núm. 71 un informe detallado, realizado por el perito economista auditor, don ….. con fecha de 1 de junio de 2010 que audita a las sociedades y aplica la sentencia de la Audiencia Provincial 395/2008

sobre la sentencia dictada por el Juzgado 71. En resumen, que la solicitante de la auditoría en junio de 2010 tenía el 5% del capital social.

III

El Registrador Mercantil núm. 4 de Madrid, con fecha 16 de abril de 2013, tras señalar que a solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, por entender que la mora en el desembolso de dividendos pasivos no enerva, en ningún caso, el derecho de los socios minoritarios al nombramiento registral de auditor, porque significaría la limitación de un derecho en virtud de una causa no prevista en la Ley. Así, el artículo 83 de la Ley de Sociedades de Capital, como norma desfavorable que es –ya que supone una restricción de los derechos del socio– no puede ser objeto de interpretación extensiva y, además, que tanto la Ley de Sociedades de Capital como el Reglamento del Registro Mercantil refieren la legitimación al capital suscrito y no al desembolsado, siendo además reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalando que, para computar el porcentaje de capital que tiene el solicitante, debe atenderse al capital social inscrito en el Registro Mercantil en el momento de presentarse la solicitud, por lo que la decisión que se pueda adoptar para decidir sobre la amortización de la*acciones no desembolsadas no interfiere en la tramitación del presente expediente.

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 octubre de 2007, y, como más reciente la de 18 de julio de 2012.

1.º No pueden prosperar en esta resolución ninguna de las alegaciones formuladas por la sociedad en su escrito de recurso pues, como mantuvo el Registrador Mercantil de Madrid, la solicitante reúne el porcentaje de capital exigido por el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital para ejercitar el derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas. La sociedad no ha desvirtuado dicha legitimación, dado que no ha cuestionado en ningún momento ni su condición de socia, ni tampoco el porcentaje mínimo exigido por ley. Por el contrario, lo confirma, dado que se limita a desvirtuar la cantidad que alegó en su instancia que fue la del 50%, y reconoce que mantiene el porcentaje del 5%. Por tanto debe ser reconocido su derecho a la auditoría de

cuentas del 2012, dado que tal como se deduce de la hoja registral de la sociedad, reúne las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas.

2.º Sobre la alegación que cuestiona las intenciones que pudo tener la solicitante para instar la auditoría de cuentas, se ha de recordar a la sociedad la doctrina de este Centro Directivo, conforme a la cual las determinaciones internas del socio 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), la sociedad siempre tendrá expedita 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 «Tasaciones Appraise, S.A.» contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil núm. 4 de Madrid el 16 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 noviembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 4 de Madrid.

Resolución de 8 de noviembre de 2013 (2.ª)

En el expediente 116/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Coffee Partners, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Palencia el 27 de marzo de 2013 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y el

artículo 350 y siguientes y como titular de más del 22,65 del capital social de «Coffee Partners, S.L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012.

II

La sociedad, a través, don ….. en calidad de administrador solidario se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que la sociedad ha nombrado ya auditor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2012 en la Junta General de 29 de diciembre de 2011. 2.º) Que con independencia de lo anterior, la solicitante no figura inscrita en el libro registro de socios, ni como representante de copropiedad alguna, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 104 y 126 de la ley de Sociedades de Capital carece de legitimación para instar el nombramiento de auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de Palencia, con fecha de 8 de abril de 2013, notificó dicho escrito de oposición a la solicitante de la auditoría de cuentas, para que formulara las alegaciones que tuviera por conveniente en defensa de su derecho. Lo que así hizo mediante escrito presentado el 22 de abril de 2013, en el que alegó: Que las participaciones sociales de las que es propietaria, tal como resulta de la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 10 de junio de 2011, le pertenecen en un proindiviso ordinario y por partes iguales junto con don ….. Dichas participaciones carecen de representante para ejercitar los derechos del socio, debido a que el otro condómino y administrador solidario de la compañía hizo caso omiso a su requerimiento para proceder a la designación. Adjuntó a su escrito, entre otros documentos, copia del burofax enviado a la sociedad el 6 de julio de 2012, instando procediera a la inscripción en el libro registro de socios; contestación negativa de la sociedad a proceder a la inscripción enviada el 25 de septiembre de 2012.

IV

El Registrador Mercantil de Palencia, con fecha de 29 de abril de 2013, acordó desestimar la solicitud de auditoría. Mantuvo, respecto de la auditoría voluntaria, que para acreditar dicho nombramiento la sociedad aportó una certificación expedida por de don …..., relativa a la Junta general de socios celebrada el 29 de diciembre de 2011, en el que figura como punto primero del orden del día el de nombramiento de auditor de cuentas para la verificación del balance consolidado de los ejercicios 2011 a 2013 ambos inclusive, constando con el núm. 1 de los acuerdos adoptados el de designar como auditores de cuentas para los ejercicios 2011 a 2013, ambos incluidos, a la sociedad «Auren Auditores Castilla y León S.L.». Dicho nombramiento no ha tenido acceso a la hoja registral correspondiente a la sociedad Coffee Partners, S.L, ya que no ha sido presentado para su inscripción en la misma, acompañado de la aceptación por parte de la Sociedad auditora nombrada. Por tanto se plantea si el nombramiento de auditor hecho de forma voluntaria por la sociedad con anterioridad a la solicitud de nombramiento por el socio minoritario pero acreditado con posterioridad es suficiente para enervar el derecho de dicho socio. La DGRN viene estableciendo en estos supuestos de forma reiterada que para que la enervación se produzca es necesaria la concurrencia de un doble requisito: 1] Que el nombramiento voluntario haya sido previo a la solicitud 2] Que el derecho del socio haya quedado garantizado en alguna de las formas previstas por la doctrina de

la propia Dirección General. Ciñéndonos al primero de los requisitos, la sociedad «Coffee Partners, S.L.» ha aportado una certificación expedida por don ….. de fecha 2 de julio de 2012, pero sin que exista legitimación notarial de su firma, ni concurra ningún otro de los medios previstos en nuestro ordenamiento para dar fehaciencia a su fecha. Se trataría pues de un documento sujeto al régimen previsto en el artículo 1.227 del Código Civil en cuya virtud la fecha de un documento privado no contará respecto a terceros, y en este caso la solicitante tiene este carácter, sino desde el día que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio, en el presente supuesto el Registrador Mercantil. Por tanto, debe desestimarse la primera alegación formulada por la sociedad para enervar el derecho de la solicitante. En cuanto a la copropiedad de participaciones de la que la solicitante forma parte, se plantea la cuestión de si, en caso de no haber designado a una persona que ejercite los derechos del socio, puede ejercitarlos uno de los copropietarios. La dicción del artículo 126 del TR de la LSC es terminante, los copropietarios habrán e designar una persona para el ejercicio de los derechos de socio. Por tanto los comuneros necesariamente han de proceder a dicho nombramiento, ya que el principio de indivisibilidad de participaciones impone, de manera rígida, que no cabe que cada uno de los comuneros ejercite, por su cuota, los derechos derivados de la condición de socio. Por tanto la designación se hace ineludible y la misma quedará sujeta a las reglas por las que se rija la comunidad existente entre los cotitulares. En el presente supuesto, y tal como se desprende la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, se trata de una comunidad ordinaria que tiene su regulación específica en los artículos 392 a 406 del Código Civil, siendo de aplicación en orden a la administración de la cosa común lo previsto en el artículo 398 del CC, es decir el carácter obligatorio de los acuerdos de las mayorías y en su defecto corresponderá al Juez proveer lo conveniente, incluso el nombramiento de un administrador.

V

Contra dicha resolución doña ….., solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en síntesis: 1.º) Que teniendo conocimiento de la copropiedad de participaciones sociales, la sociedad se negó a inscribirla en el libro registro de socios, poniendo como pretexto que la ausencia de nombramiento de un representante de la copropiedad que ejercite los derechos del socio. 2.º) Que la sociedad y el otro copropietario de las participaciones sociales no actúan de buena fe, dado que con su proceder pretenden dificultar el ejercicio de los derechos del socio. 3.º) Que el Registrador Mercantil no ha tenido en cuenta las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 y de 22 de diciembre de 2007, las cuales fueron confirmadas por sentencia de la Audiencia provincial de la Coruña, en la sentencia de 11 de marzo de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1.º Procede confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Palencia. En efecto, tratándose de una copropiedad sobre determinadas participaciones sociales que corresponden en un proindiviso ordinario a dos socios de la compañía, ninguno de ellos puede

atribuirse el ejercicio de los derechos derivados de esas participaciones sociales, salvo que haya sido nombrado representante de la copropiedad, lo que no ha ocurrido en el caso presente. Por tanto, debe tenerse en cuenta la disposición del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital que, en coherencia con el principio de indivisibilidad de las acciones o participaciones sociales, exige que sea uno solo de los copropietarios el que represente a la copropiedad en sus relaciones externas con la sociedad. Las deficiencias de funcionamiento en las relaciones internas o la imposibilidad de llegar a acuerdos sobre el ejercicio de derechos sociales deberán plantearse y resolverse en sede judicial *(cfr.* arts. en los arts. 392 a 406 del Código Civil).

A mayor abundamiento, se ha de precisar que ninguna de las dos resoluciones de esta Dirección General citadas por la solicitante y recurrente –las de 21 y 22 de diciembre de 2007– contemplan el supuesto de copropiedad de participaciones sociales, sino que, muy por el contrario, resuelve el derecho que tienen cualquiera de los miembros de la sociedad de gananciales a realizar actos de gestión sobre los bienes comunes. En definitiva, ambas resoluciones abordan un tipo de comunidad de bienes radicalmente diferente al plateado en el presente expediente.

2.º Tampoco pueden admitirse las alegaciones referidas a la supuesta mala fe que la solicitante atribuye a la sociedad, dado que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar las motivaciones internas de las partes pues, 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 puedan presumirse. Quienes se sientan perjudicados por la supuesta actuación maliciosa siempre tendrán expedita 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 doña ….., solicitante de la auditoría de cuentas para la entidad mercantil «Coffee Partners, S.L.» y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Palencia de 29 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 noviembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Palencia.

Resolución de 8 de noviembre de 2013 (3.ª)

En el expediente 196/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos accionistas de «Web A.2. Z Strategic Developments, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Alicante el 12 de marzo de 2013 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% del capital social de «Web A.2. Z Strategic Developments, S.L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales del ejercicio 2013.

II

Tras varios intentos de notificación a la sociedad por correo certificado, el Registrador Mercantil procedió a la inserción de edictos en el Tablón de anuncios del Ayuntamiento y en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante, sin que presentara oposición al nombramiento solicitado por la minoría.

III

Por Resolución de 29 de junio de 2013 el Registrador Mercantil de Alicante acordó declarar la procedencia del nombramiento de auditor solicitado, dado que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, sin que la sociedad presentara oposición. Finalizó su Resolución notificando el derecho de los interesados a interponer contra su Resolución recurso de alzada ante la Dirección General d los Registros y del Notariado en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la notificación.

IV

Contra dicha Resolución, notificada a la sociedad el 2 de agosto de 201, doña Josefa Muñoz Martínez, en su condición de administradora única de la sociedad, mediante escrito presentado en el Registro Mercantil el 20 de septiembre de 2013, interpuso recurso gubernativo alegando, en esencia: 1.º) Que la sociedad no tuvo oportunidad de presentar su oposición a la Resolución de nombramiento de auditor de cuentas, por cuanto que a misma fue notificada por medio de edictos, lo que contrata frontalmente con la ausencia de problemática a la hora de notificar la Resolución de 2 de agosto de 2012 que ahora se recurre. Lo anteriormente expuesto ha originado en la sociedad una manifiesta indefensión. 2.º) Que el solicitante carece de legitimación para instar la auditoría de cuentas, dado que incumplió las obligaciones que asumió en el contrato de adquisición de sus participaciones sociales.

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 fechas 19 de octubre de 2007, 8 de octubre de 2008, 31 de octubre y 1 de diciembre de 2009 y 27 de mayo de 2010.

El presente expediente plantea una cuestión de carácter formal que hace ocioso el examen de las restantes. Dicha cuestión no es otra que la relativa al plazo de interposición del recurso.

En efecto, la Resolución del Registrador Mercantil de Alicante de 29 de junio de 2013 fue notificada a la sociedad el 2 de agosto de 2013 y su administradora única interpuso recurso gubernativo el 20 de septiembre de 2013, a pesar de que el último inciso del texto de dicha Resolución indicó que el plazo para recurrir es el de 15 días a contar desde la notificación (*cfr.* art. 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil). Conforme a lo señalado en la Resolución impugnada el plazo para recurrirla habría vencido inexorablemente el 21 de agosto de 2013 y, por tanto, el recurso interpuesto es extemporáneo.

Esta Dirección General ha resuelto inadmitir el recurso de alzada interpuesto por doña ….., administradora unida de la entidad mercantil «Web A.2. Z Strategic Developments, S.L.» contra la Resolución del Registrador Mercantil de Alicante de 29 de junio de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 noviembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 8 de noviembre de 2013 (4.ª)

En el expediente 198/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Segur Robher Correduria de Seguros, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de León, el 11 de enero de 2013 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 «Segur Robher Correduria de Seguros, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas para el examen del ejercicio contable cerrado a 31 de diciembre de 2012.

II

Notificada de dicha instancia, la sociedad, a través de su representante, don ….. se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante es una persona ajena a la sociedad. No ocupa la posición de socio y, por lo tanto, no tiene ningún poder de disposición. La existencia de una compraventa privada de participaciones sociales, en el supuesto de haber existido, ha sido contraria al orden procedimental que establece el artículo 28.1 de la ley 26/2006, razón por la cual la Dirección General de Seguros se puso en contacto con la sociedad mediante escrito de 13 de diciembre de 2012, comunicándole dicho extremo y anulando la citada compraventa.

III

El Registrador Mercantil de León, con fecha 25 de enero de 2013, acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas formulada por el peticionario, dado que la sociedad presentó extemporáneamente su escrito de oposición. Con esta misma fecha el Registrador Mercantil procedió a nombrar auditor de cuentas a don ….. que mediante escrito de 31 de enero de 2013 no aceptó el encargo de auditoría por incompatibilidad con la misma.

IV

Por acuerdo de 4 de febrero de 2013 el Registrador Mercantil de León procedió a realizar la según da designación de auditor de cuentas, la cual recayó en la empresa «Rocasal Auditores, S.L.» que en esa misma fecha y a través de su representante, aceptó el encargo de auditar las cuentas correspondientes al ejercicio 2012 de la sociedad de referencia.

V

Con fecha de 12 de febrero de 2013 la indicada representación social interpuso en el recurso de alzada ante esta Dirección general reiterando los argumentos aducidos en su escrito de oposición a la solicitud y que, en consecuencia, se dan por reproducidos en la presente instancia sin necesidad de reiteración.

VI

Por Resolución de 15 de junio de 2013 la Dirección General de los Registros y del Notariado acordó declarar la nulidad de la Resolución del Registrador Mercantil de León,

así como la de todos los actos posteriores a ella, sin entrar a conocer el fondo del asunto planteado por la sociedad recurrente.

VII

En cumplimiento de dicha Resolución el Registrador Mercantil, el 11 de julio de 2013, requirió a la representación de la entidad mercantil «Segur Robher Correduria de Seguros, S.L.», con el fin de que aportara al expediente certificación del libro registro de socios, a efectos de constatar los socios integrantes de la sociedad y la participación social de cada uno de ellos a 11 de enero de 2013. Así lo hizo la indicada representación social que aportó la certificación solicitada de a que resulta que el solicitante de la auditoría de cuentas no ostenta participación alguna en el capital social de la compañía.

VIII

Por diligencia para mejor proveer de 11 de julio de 2013 el Registrador Mercantil de León requirió al solicitante del nombramiento registral de auditor de cuentas para que aportara al expediente un medio de prueba del que resulte su legitimación para instar la auditoría de cuentas. Lo que así hizo el solicitante que aportó al expediente escritura pública de 18 de julio de 2012, autorizada por el Notario de San Andrés de Rabanedo, don Marcelino Cuesta Martínez, bajo el núm. 915 de su protocolo, en la que se formaliza la adquisición de 99.198 participaciones sociales de la compañía por don ….., así como documentación relativa determinadas comunicaciones dirigidas a la Dirección General de Seguros.

IX

Por oficio de 19 de julio de 2013, el Registrador Mercantil de León solicitó a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones informe sobre la eficacia y validez de la transmisión efectuada por el solicitante del nombramiento registral de auditor de cuentas, sin que hasta el momento de dictar Resolución el citado Centro Directivo hubiera emitido el dictamen solicitado.

X

Por Resolución de 17 de septiembre de 2013 el Registrador Mercantil de León acordó estimar la solicitud de auditoría de cuentas y rechazar las alegaciones de la sociedad. Mantuvo que la única controversia que se plantea en el presente expediente es la relativa a la legitimación para solicitar la designación de auditor o la carencia de la misma, por parte del instante del procedimiento. Para negar esa legitimación, la sociedad argumenta que el solicitante carece de ella al no tener la condición de socio («no ocupando la posición de socio en la misma»), añadiendo que para el caso de que el instante hubiera adquirido participaciones sociales, tal compraventa «ha sido contraria al orden procedimental que establece el artículo 28,1 de la Ley 26/2006». Justifica tal aseveración con la fotocopia de un escrito suscrito por el Inspector de Seguros del Estado, de fecha 12 de diciembre de 2012, dirigido a la propia sociedad «Segur–Robher Correduría de Seguros S.L.», en el que se le comunica, entre otros extremos, que, «una vez examinada la documentación remitida con su escrito... relativa a la transmisión de capi-

tal social de esa correduría de seguros», la transmisión ha sido realizada sin obtener la preceptiva licencia, lo que motiva la suspensión de los derechos de las participaciones transmitidas, concediendo un determinado plazo para aportar documentación y formular alegaciones. Por su parte, el instante del procedimiento ratificó su condición de socio con porcentaje suficiente para instar la designación de auditor y justificó tal afirmación aportando copia autorizada de una escritura de transmisión de participaciones sociales, otorgada en San Andrés del Rabanedo, el día dieciocho de julio de dos mil doce, ante su Notario don Marcelino Cuesta Martínez, núm. 915 de su protocolo. Así mismo, aportó documentación complementaria acreditativa de la puesta en conocimiento de la Dirección General de Seguros, en los términos que obra en el expediente A la vista de los requerimientos efectuados y de las contestaciones dadas a los mismos por parte de la sociedad y del socio instante, resultan claro que el acto traslativo tuvo lugar de manera incontrovertible y que el mismo, habida cuenta del destinatario del escrito de la DGS y del inicio de tal escrito, fue conocido por la sociedad (art. 106, 2 Ley de Sociedades de Capital) Respecto del alcance que debe darse a la fotocopia del escrito de la DGS y sus consecuencias en cuanto a la eficacia de la transmisión y consecuente adquisición de los derechos de socio por parte del comprador de las participaciones sociales, y ante el silencio de la DGS a la solicitud de información realizada al efecto, debe advertirse que concurren determinadas incertidumbres que permiten concluir que el mismo no pueda ser considerado como obstativo para el ejercicio del derecho a instar la designación de auditor. En efecto, la no identificación de la transmisión a la que se refiere, no constando ningún dato identificativo de la misma, las dudas sobre el alcance de la suspensión de los derechos de socio, la no constancia de la eventual subsanación de los errores advertidos, el hecho de que más que autorización, lo que prevé el artículo 28 de la Ley 26/2006 es la falta de oposición por parte de la DGS, la documentación aportada por el socio solicitante de la auditoría y las demás circunstancias obrantes en el expediente, permiten concluir que no se puede entender desvirtuado, de manera definitiva, por parte de la sociedad, la falta de legitimación del socio para ejercitar su derecho a la designación de auditor. A la anterior conclusión debe unirse la aplicación del principio general que informa nuestra legislación en esta materia y que ha sido reiteradamente reconocido por la jurisprudencia, en el sentido de que para el ejercicio del derecho debatido es suficiente un principio probatorio de legitimación; así baste citar, por todas, la Resolución de 31 de agosto de 2011, según la cual, «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 –artículo 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».

XI

Contra dicha Resolución la indicada representación social interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en síntesis: 1.º) Falta de legitimación del solicitante por tratarse de una persona ajena a la sociedad. No ocupa la posición de socio y, por lo tanto, no tiene ningún poder de disposición. La existencia de una compraventa privada de

participaciones sociales, en el supuesto de haber existido, ha sido contraria al orden procedimental que establece el artículo 28.1 de la ley 26/2006, razón por la cual la Dirección General de Seguros se puso en contacto con la sociedad mediante escrito de 13 de diciembre de 2012, comunicándole dicho extremo y anulando la citada compraventa. 2.º) Que el expediente iniciado en la Dirección General de Seguros está pendiente de informe por parte de los Servicios Jurídicos del Estado. La sociedad presentó, en fecha 18-6-2013, un escrito aportando la documentación solicitada por parte de esa Dirección General, en la que se incluía copia de la interposición de la demanda de nulidad del contrato de compraventa de participaciones sociales. En consecuencia, no procede en absoluto el 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 8 de septiembre de 1993 y, como más reciente, la de 19 de octubre de 2007 y la de 21 de julio de 2010.

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 –artículo 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 de la auditoría de cuentas ha aportado el requerido principio prueba de su legitimación, consistente en la escritura pública de compraventa de participaciones sociales, autorizada por el Notario de San Andrés del Rabanedo, don Marcelino Cuesta Martínez, núm. 915 de su protocolo, el día dieciocho de julio de dos mil doce, de la que resulta que adquirió de don ….., socio fundador de la compañía, 99.198 participaciones sociales, representativas del 33% del capital social. Y, asimismo, ha aportado

copia de la escritura de constitución de la sociedad a la que se incorporan los Estatutos sociales.

La sociedad, por su parte, no ha desvirtuado dicha legitimación, pues se limita a negarla sobre la base del supuesto desconocimiento del nuevo titular del 33% del capital y de que el negocio transmisivo realizado es contrario al procedimiento que establece el artículo 28.1 de la Ley 26/2006, de 17 de Julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados.

Pues bien, dado que la Ley de Sociedades de Capital reconoce un derecho de carácter privado a los socios que reúnan un porcentaje de capital igual o superior al 5% y, dado que los Estatutos de la sociedad incorporados a la escritura de constitución, reconocen el derecho a la transmisión de participaciones sociales entre ascendientes y descendientes, sin necesidad de autorización de la Junta general, se ha de reconocer al solicitante el ejercicio del derecho que instó al Registrador Mercantil, sin que puede obstaculizarlo el desconocimiento que la sociedad alega, dado que hay constancia en el expediente del traslado de la solicitud y de los documentos adjuntos a ella, realizadas por el Registro Mercantil de León.

También, se ha de recordar al recurrente que 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 104 de la Ley de Sociedades de Capital.

Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio de las obligaciones que conciernen a los socios y a la sociedad, derivadas del cumplimiento de la normativa vigente en materia de mediación de seguros y de la subsanación a los reparos que la Dirección General del ramo pueda oponer, conforme a lo previsto en el artículo 28 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de seguros y reaseguros privados.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ……, Administrador Único de «Segur Robher Correduria de Seguros, S.L.», contra la Resolución del Registrador Mercantil de 17 de septiembre de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 noviembre de 2013.– Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de León.

Resolución de 21 de noviembre de 2013 (1.ª)

En el expediente 51/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Murogastro, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 28 de marzo 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 «Murogastro, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

Notificada de dicha instancia a la sociedad ésta no presentó oposición al nombramiento registral de auditor de cuentas solicitado por la minoría.

III

El 22 de mayo de 2012, el Registrador Mercantil núm. 4 de Madrid acordó estimar la solicitud, por entender que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo, exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital. La designación recayó en la firma auditora «Osp y Asociados Auditores, S.L.P.», que aceptó el encargo a través de su Administrador Único, don …

IV

Por escrito presentado en el Registro Mercantil de Madrid el 22 de junio de 2012 el representante de la sociedad auditora presentó un escrito en el Registro Mercantil solicitando la prórroga para realizar el informe de auditoría de cuentas, dado que la sociedad, por diversas circunstancias no había podido entregarle la documentación. A dicha petición el Registrador Mercantil contestó mediante oficio de 25 de junio de 2013, concediéndole la prórroga solicitada.

V

Por escritos de 24 de julio, de 21 de agosto y de 21 de septiembre del mismo año 2012, el Administrador Único de la empresa auditora, solicitó sucesivas prórrogas para emitir el informe de auditoría de cuentas, dado que la sociedad no le entregó la documentación contable. Todas las prórrogas solicitadas fueron concedidas por el Registrador.

VI

El 22 de octubre de 2012 la sociedad auditora a través de la indicada representación social, presentó un escrito en el Registro Mercantil renunciando a auditar las cuentas de la Entidad Mercantil, «Murogastro, S.L.» al no tener la documentación contable correspondiente al ejercicio 2011. Mantuvo que la presente comunicación no puede entenderse como in informe de auditoría de cuentas.

VII

Por escrito de 14 de marzo de 2013, don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, que dejó de ser socio de la compañía al haber transmitido sus participaciones sociales don ….. y a doña ….., por lo que renunciaba a su solicitud.

VIII

El Registrador Mercantil núm. 4 de Madrid, con fecha de 20 de marzo de 2013 se declaró incompetente para admitir la renuncia, dado que procedió al nombramiento de auditor de cuentas y a su inscripción en el libro de Auditores y expertos independientes y en la hoja abierta a la sociedad.

IX

Contra dicha decisión el solicitante de la auditoría de cuentas, don ….., interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones aducidas en su escrito de 14 de marzo de 2013 que, en consecuencia se dan por reproducidas en la presente instancia, sin necesidad de reiteración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 6.2 del Código Civil, artículo 22 del Código de Comercio, artículos 17 y 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 31, 87, 89, 90 y 91 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 342 y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, sentencias del Tribunal Supremo (sala tercera) de 19 de julio de 1993, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 2002, 30 de enero de 2008 y 27 de mayo de 2011 y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 1993, 21 de enero de 1999, 10 de octubre de 2011 y 11 de enero de 2012.

1.º La cuestión que se plantea en este expediente consiste en determinar si nombrado auditor a instancia de la minoría, de conformidad con la previ-

sión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es posible con posterioridad hacer valer frente al Registro Mercantil la renuncia al derecho en que se funda la pretensión del socio minoritario. El Registrador entiende que no es posible mientras que el recurrente considera que es factible hacer constar la renuncia de conformidad con las reglas generales.

Tiene razón el Registrador cuando cita en su favor la doctrina de este Centro *(vide vistos),* en relación al desistimiento realizado una vez finalizado el expediente de nombramiento de auditor que se ha llevado a cabo de conformidad con las previsiones de la propia Ley de Sociedades de Capital y de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

De acuerdo con dicha doctrina, finalizado el procedimiento de designación de auditor con la Resolución de nombramiento del Registrador Mercantil, una vez firme, no cabe ya desistir ni renunciar a la solicitud que inició el expediente, pues si bien es cierto que el desistimiento puede presentarse en cualquier momento del procedimiento, no lo es menos que no puede aceptarse cuando dicho procedimiento ya ha concluido. Es decir, se trata de una forma de terminación del procedimiento que solo opera cuando éste está abierto. En igual sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo *(vide vistos),* que ha insistido en que el desistimiento es, de conformidad con el artículo 87 de la Ley 30/19992, un modo de poner fin al procedimiento iniciado.

2.º Siendo cierto lo anterior no debe confundirse con el supuesto que se produce cuando, reconocido el derecho en que se basa la pretensión del interesado mediante el oportuno nombramiento, este renuncia al derecho que ha sido objeto de reconocimiento. Al igual que el artículo 87 de la Ley 30/1992 distingue entre el desistimiento y la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, como medios de finalización de un procedimiento abierto, debe tenerse en cuenta la situación que se produce cuando el procedimiento ha finalizado y el interesado renuncia.

3.º La renuncia del derecho reconocido se rige por las reglas generales del ordenamiento y, en consecuencia, por lo previsto en el artículo 6.2 del Código Civil que dice así: «2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

De conformidad con la regulación sustantiva, la renuncia sólo es válida si es llevada a cabo por el titular del derecho, no contraría el interés o el orden público ni perjudica a tercero. A ello se deben añadir los requisitos de forma y tiempo.

Tratándose de un derecho de naturaleza estrictamente privada difícilmente concurrirá la excepción del interés u orden público. Tampoco concurre otro interés que el del propio renunciante habida cuenta que la sociedad contra quien se ejerció la pretensión ha tenido la posibilidad de oponerse al reconocimiento (art. 354 del Reglamento del Registro Mercantil). A pesar de ello y por aplicación de las reglas generales (art. 35 de la Ley 30/1992), parece claro

que la sociedad debe ser notificada al efecto de que pueda, si le conviene, hacer las alegaciones que tenga por conveniente (sobre la legitimación del renunciante por ejemplo). Sin perjuicio de lo anterior es igualmente claro que la renuncia no puede perjudicar los derechos profesionales que el auditor nombrado y con cargo aceptado haya devengado hasta el momento en que se ponga en su conocimiento la renuncia de conformidad con las reglas generales (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por aplicación analógica de las normas previstas en el Reglamento del Registro Mercantil *(vide* arts. 359 del Reglamento del Registro Mercantil), la renuncia deberá presentarse en forma ante el Registro Mercantil debiendo resultar de su contenido, con las adaptaciones necesarias, la legitimación del renunciante, el objeto de renuncia y la voluntad expresa y determinada de renunciar al derecho reconocido *(vide* sentencias del Tribunal Supremo –sala primera– de fechas 11 de octubre de 2001 y 25 de enero de 2008). La renuncia, que debe ser anterior a la emisión del informe de auditoría, debe notificarse al auditor para que alegue por su parte lo que tenga por conveniente *(vide* art. 342.1 en relación al art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil).

4.º En el caso que nos ocupa, la persona en cuyo favor se reconoció el derecho al nombramiento de auditor de cuentas presenta un escrito ante el Registrador Mercantil del que resulta su voluntad inequívoca de renunciar al derecho reconocido. Ciertamente el escrito no es todo lo claro y determinante que sería deseable puesto que se refiere tanto a la voluntad de desistir como a la de renunciar. No obstante al reconocer que el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil ya se ha producido y que renuncia a sus derechos como socio minoritario es claro que la voluntad expresada se refiere precisamente a la renuncia al derecho que al socio reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Lo que ocurre es que, como resulta del propio escrito, el solicitante afirma que ya no es socio de la sociedad sobre cuyas cuentas se instó el nombramiento de auditor, lo que evidentemente le priva ahora de la posibilidad de renunciar a un derecho del que ya no es titular (art. 31 de la Ley 30/1992). Como quedó expresado más arriba es requisito indispensable que la renuncia sea llevada a cabo por quien ostenta la titularidad del derecho por lo que, transmitida la condición de socio, el recurrente ya no ostenta dicha posición.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar, en los términos que resultan de las anteriores consideraciones, el recurso interpuesto por don ….., solicitante en su día de la auditoría de cuentas, contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 4 de Madrid de 20 de marzo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 noviembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 4 de Madrid.

Resolución de 21 de noviembre de 2013 (2.ª)

En el expediente 184/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Lombardo & López, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 27 de marzo de 2013 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 «Lombardo & López, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

A la vista de dicha instancia, el Registrador Mercantil núm. 19 de Madrid, con fecha de 3 de abril de 2013, conforme al artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, requirió al solicitante para que en el plazo de quince días aportara la instancia por triplicado y efectuara la provisión de fondos de 204,5 euros para la publicación en el «BORME».

III

Notificada de dicha instancia por correo certificado, la sociedad no se opuso al nombramiento de auditor de cuentas solicitado por la minoría.

IV

El 28 de mayo de 2013, el Registrador Mercantil núm. 19 de Madrid acordó estimar la solicitud, por entender que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo, exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y designar como auditor de cuentas correspondientes al ejercicio 2012 a don ….. que, en esa misma fecha aceptó el encargo.

IV

Con fecha de 27 de junio de 2013 el auditor nombrado por el Registrador Mercantil, don ….., solicitó del Registrador Mercantil la prórroga de un mes para efectuar el informe de auditoría de cuentas, dado que la sociedad no había estaba analizando su situación de liquidez para afrontar sus honorarios. A dicha solicitud el Registrador accedió mediante acuerdo de 28 de junio de 2013, ampliando el plazo para emitir su informe.

V

Por escrito presentado en el Registro Mercantil de Madrid el 4 de julio de 2013, don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, presentó un escrito desistiendo de su solicitud, dado que la Junta General Ordinaria aprobó por unanimidad las cuentas del ejercicio 2012 y carecía de interés la verificación contable que pudiera realizar el auditor.

VI

El Registrador Mercantil núm. 19 de Madrid por acuerdo de 8 de julio de 2013 se declaró incompetente para aceptar dicha renuncia, en atención a la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

VII

Contra dicha Resolución el solicitante de la auditoría de cuentas interpuso recurso de alzada antes esta Dirección General, alegando que conforme a la Resolución de este Centro Directivo de 13 de enero de 2006, el desistimiento siempre es posible. Si se produce después del nombramiento de auditor de cuentas, deberá notificarse al auditor, con reserva del auditor de las acciones que pudiera corresponderle. En cuanto a la forma, deberá hacerse constar mediante escrito con firme legitimada o mediante comparecencia ante el Registrador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 6.2 del Código Civil, artículo 22 del Código de Comercio, artículos 17 y 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 31, 87, 89, 90 y 91 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 342 y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, sentencias del Tribunal Supremo (sala tercera) de 19 de julio de 1993, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 2002, 30 de enero de 2008 y 27 de mayo de 2011 y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 1993, 21 de enero de 1999, 10 de octubre de 2011 y 11 de enero de 2012.

1.º La cuestión que se plantea en este expediente se centra en determinar si nombrado auditor a instancia de la minoría, de conformidad con la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es posible con posterioridad hacer valer frente al Registro Mercantil la renuncia al derecho en que se funda la pretensión del socio minoritario. El Registrador entiende que no es posible mientras que el recurrente considera que es factible hacer constar la renuncia de conformidad con las reglas generales.

Tiene razón el Registrador cuando cita en su favor la doctrina de este Centro *(vide vistos),* en relación al desistimiento realizado una vez finalizado el expediente de nombramiento de auditor que se ha llevado a cabo de conformidad con las previsiones de la propia Ley de Sociedades de Capital y de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

De acuerdo con dicha doctrina, finalizado el procedimiento de designación de auditor con la Resolución de nombramiento del Registrador Mercantil, una vez firme, no cabe ya desistir ni renunciar a la solicitud que inició el expediente, pues si bien es cierto que el desistimiento puede presentarse en cualquier momento del procedimiento, no lo es menos que no puede aceptarse cuando dicho procedimiento ya ha concluido. Es decir, se trata de una forma de terminación del procedimiento que solo opera cuando éste está abierto. En igual sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo *(vide vistos),* que ha insistido en que el desistimiento es, de conformidad con el artículo 87 de la Ley 30/19992, un modo de poner fin al procedimiento iniciado.

2.º Siendo cierto lo anterior no debe confundirse con el supuesto que se produce cuando, reconocido el derecho en que se basa la pretensión del interesado mediante el oportuno nombramiento, este renuncia al derecho que ha sido objeto de reconocimiento. Al igual que el artículo 87 de la Ley 30/1992 distingue entre el desistimiento y la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, como medios de finalización de un procedimiento abierto, debe tenerse en cuenta la situación que se produce cuando el procedimiento ha finalizado y el interesado renuncia.

Efectivamente, finalizado el procedimiento con reconocimiento de la pretensión del interesado (en este caso, reconocimiento del derecho a que se nombre auditor para un ejercicio concreto ex artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), es evidente que no cabe propiamente desistimiento puesto que la pretensión ha sido debidamente reconocida (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2002). Pero nada obsta a que el interesado, de conformidad con las reglas generales del ordenamiento, renuncie al derecho reconocido.

Si de conformidad con el supuesto previsto en el artículo 87 de la Ley 30/1992, la renuncia al derecho implica la imposibilidad tanto de continuar el procedimiento como de volver a instarlo, la renuncia una vez reconocido formalmente el derecho previsto legalmente implica tanto su extinción como la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento basado en el mismo derecho.

Siendo incontestable la posibilidad de renunciar al derecho reconocido al socio minoritario es igualmente evidente el interés en que dicha circunstancia se haga constar en el Registro Mercantil a fin de que no se imposibilite el oportuno depósito, en su día, de las cuentas de la sociedad no obligada a verificación contable (art. 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Por otro lado, y como resulta de la regulación reglamentaria (art. 361 del Reglamento del Registro Mercantil), las vicisitudes posteriores al nombramiento, en la medida en que afecten al procedimiento de depósito, deben hacerse constar en el folio correspondiente. Con todo, la inscripción del cese de auditor por renuncia del socio no está expresamente regulada en nuestro ordenamiento si bien si que lo está la inscripción del cese por cualquier causa *(vide* art. 22.2 del Código de Comercio), lo que justifica que este Centro se pronuncie sobre cuales hayan de ser los requisitos al respecto.

3.º La renuncia del derecho reconocido se rige por las reglas generales del ordenamiento y, en consecuencia, por lo previsto en el artículo 6.2 del Código Civil que dice así: «2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

De conformidad con la regulación sustantiva, la renuncia sólo es válida si es llevada a cabo por el titular del derecho, no contraría el interés o el orden público ni perjudica a tercero. A ello se deben añadir los requisitos de forma y tiempo.

Tratándose de un derecho de naturaleza estrictamente privada difícilmente concurrirá la excepción del interés u orden público. Tampoco concurre otro interés que el del propio renunciante habida cuenta que la sociedad contra quien se ejerció la pretensión ha tenido la posibilidad de oponerse al reconocimiento (art. 354 del Reglamento del Registro Mercantil). A pesar de ello y por aplicación de las reglas generales (art. 35 de la Ley 30/1992), parece claro que la sociedad debe ser notificada al efecto de que pueda, si le conviene, hacer las alegaciones que tenga por conveniente (sobre la legitimación del renunciante por ejemplo). Sin perjuicio de lo anterior es igualmente claro que la renuncia no puede perjudicar los derechos profesionales que el auditor nombrado y con cargo aceptado haya devengado hasta el momento en que se ponga en su conocimiento la renuncia de conformidad con las reglas generales (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por aplicación analógica de las normas previstas en el Reglamento del Registro Mercantil *(vide* art. 359 del Reglamento del Registro Mercantil), la renuncia deberá presentarse en forma ante el Registro Mercantil debiendo resultar de su contenido, con las adaptaciones necesarias, la legitimación del renunciante, el objeto de renuncia y la voluntad expresa y determinada de renunciar al derecho reconocido *(vide* sentencias del Tribunal Supremo –sala primera– de fechas 11 de octubre de 2001 y 25 de enero de 2008). La renuncia, que debe ser anterior a la emisión del informe de auditoría, debe notificarse al auditor para que alegue por su parte lo que tenga por conveniente *(vide* art. 342.1 en relación al artículo 364 del Reglamento del Registro Mercantil).

4.º En el supuesto que da lugar a este expediente la persona en cuyo favor se reconoció el derecho al nombramiento de auditor de cuentas presenta un escrito ante el Registrador Mercantil del que resulta su voluntad inequívoca de renunciar al derecho reconocido. Ciertamente el escrito no es todo lo claro y determinante que sería deseable, puesto que se refiere tanto a la voluntad de desistir como a la de renunciar. No obstante, no constando en el expediente el informe de auditoría emitido por el auditor designado, ni tampoco el informe con opinión denegada, procede acceder a lo solicitado, sin perjuicio de la notificación por el Registrador Mercantil a la sociedad y al auditor de cuentas y salvaguardando los derechos de éste para que ejercite las acciones que pudieran corresponderle en el caso de que hubiera iniciado los trabajos de auditoría.

En su virtud, esta Dirección General, en los términos que resultan de las anteriores consideraciones, ha resuelto estimar el recurso interpuesto por don ….., solicitante de la auditoría de cuenta para la sociedad «Lombardo & López, S.L.» solicitante en su día de la auditoría de cuentas, contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 19 de Madrid de 8 de julio de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 noviembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 19 de Madrid.

Resolución de 21 de noviembre de 2013 (3.ª)

En el expediente 185/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Salones Suarco, S.L.».

HECHOS

I

D ….. presentó un escrito en la Oficina de Correos el 27 de marzo de 2013 dirigido el Registro Mercantil de Madrid, en donde tuvo entrada el 1 de abril de 2013, 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 «Salones Suarco, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

A la vista de dicha instancia, la Registradora Mercantil núm. 1 de Madrid, con fecha de 3 de abril de 2013, conforme al artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, requirió al solicitante para que en el plazo de quince días aportara la instancia por triplicado y efectuara la provisión de fondos de 204,5 euros para la publicación en el «BORME».

III

Notificada dicha instancia a la sociedad por correo certificado, doña ….., en su nombre y representación, se opuso al nombramiento de auditor de cuentas solicitado por la minoría, alegando en esencia, que el solicitante ha sido administrador mancomunado de la sociedad, con pleno conocimiento de la contabilidad social y sin que haya sido posible presentar las cuentas anuales por la falta de aprobación del solicitante.

IV

La Registradora Mercantil núm. 1 de Madrid, el 24 de mayo de 2013, el acordó estimar la solicitud, por entender que el hecho de que el solicitante haya sido administrador de la sociedad no puede impedir que ejercite un derecho que la ley le reconoce por su condición de socio. Este derecho solo quedaría enervado si hubiese gestionado en exclusiva los asuntos sociales pues en este caso habría podido contratar los servicios de u auditor de cuentas como un acto más de gestión y buena administración. En el caso presente concurre en el solicitante la condición de administrador mancomunado durante el ejercicio que se solicita sea auditado y, por tanto, es obvio que ello no le impide solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas por el Registrador Mercantil. Tampoco el hecho de que las cuentas no hayan sido aprobadas puede impedir que el nombramiento de auditor de cuentas, pues que se carezca de asiento de apertura de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012, al estar sin aprobar desde el ejercicio 2008, 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 de acicate para que sean formuladas y, en cualquier caso la falta de cuentas dificultaría el trabajo del Auditor pero no impediría su nombramiento.

V

Con fecha de 20 de junio de 2013 la Registradora Mercantil procedió a designar auditor de cuentas a don ….. que aceptó la designación en esa misma fecha.

VI

Por escrito presentado en el Registro Mercantil de Madrid el 4 de julio de 2013, don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, presentó un escrito, con firma legitimada

notarialmente, desistiendo de su solicitud, dado que la Junta General Ordinaria aprobó por unanimidad las cuentas del ejercicio 2012 y carecía de interés la verificación contable que pudiera realizar el Auditor.

VII

La Registradora Mercantil núm. 1 de Madrid por acuerdo de 8 de julio de 2013 se declaró incompetente para aceptar dicha renuncia, en atención a la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

VIII

Con fecha de 20 de julio de 2013 el auditor nombrado por la Registradora Mercantil, don Felipe José Cepa González, solicitó la prórroga de un mes para efectuar el informe de auditoría de cuentas, dado que el letrado de la sociedad le advirtió que iban a solicitar la revocación de su nombramiento.

IX

Con fecha de 22 de julio de 2013 el solicitante de la auditoría de cuentas, interpuso recurso de alzada antes esta Dirección General contra la Resolución de la Registradora Mercantil núm. 1 de Madrid, de 8 de julio de 2013, alegando que conforme a la Resolución de este centro directivo de 13 de enero de 2006, el desistimiento siempre es posible. Si se produce después del nombramiento de auditor de cuentas, deberá notificarse al auditor, con reserva del auditor de las acciones que pudiera corresponderle. En cuanto a la forma, deberá hacerse constar mediante escrito con firme legitimada o mediante comparecencia ante el Registrador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 6.2 del Código Civil, artículo 22 del Código de Comercio, artículos 17 y 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 31, 87, 89, 90 y 91 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 342 y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, sentencias del Tribunal Supremo (sala tercera) de 19 de julio de 1993, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 2002, 30 de enero de 2008 y 27 de mayo de 2011 y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 1993, 21 de enero de 1999, 10 de octubre de 2011 y 11 de enero de 2012.

1.º La cuestión que se plantea en este expediente se centra en determinar si nombrado auditor a instancia de la minoría, de conformidad con la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es posible con

posterioridad hacer valer frente al Registro Mercantil la renuncia al derecho en que se funda la pretensión del socio minoritario. El Registrador entiende que no es posible mientras que el recurrente considera que es factible hacer constar la renuncia de conformidad con las reglas generales.

Tiene razón el Registrador cuando cita en su favor la doctrina de este Centro *(vide vistos),* en relación al desistimiento realizado una vez finalizado el expediente de nombramiento de auditor que se ha llevado a cabo de conformidad con las previsiones de la propia Ley de Sociedades de Capital y de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

De acuerdo con dicha doctrina, finalizado el procedimiento de designación de auditor con la Resolución de nombramiento del Registrador Mercantil, una vez firme, no cabe ya desistir ni renunciar a la solicitud que inició el expediente, pues si bien es cierto que el desistimiento puede presentarse en cualquier momento del procedimiento, no lo es menos que no puede aceptarse cuando dicho procedimiento ya ha concluido. Es decir, se trata de una forma de terminación del procedimiento que solo opera cuando éste está abierto. En igual sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo (*vide vistos),* que ha insistido en que el desistimiento es, de conformidad con el artículo 87 de la Ley 30/19992, un modo de poner fin al procedimiento iniciado.

2.º Siendo cierto lo anterior no debe confundirse con el supuesto que se produce cuando, reconocido el derecho en que se basa la pretensión del interesado mediante el oportuno nombramiento, este renuncia al derecho que ha sido objeto de reconocimiento. Al igual que el artículo 87 de la Ley 30/1992 distingue entre el desistimiento y la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, como medios de finalización de un procedimiento abierto, debe tenerse en cuenta la situación que se produce cuando el procedimiento ha finalizado y el interesado renuncia.

Efectivamente, finalizado el procedimiento con reconocimiento de la pretensión del interesado (en este caso, reconocimiento del derecho a que se nombre auditor para un ejercicio concreto ex artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), es evidente que no cabe propiamente desistimiento puesto que la pretensión ha sido debidamente reconocida (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2002). Pero nada obsta a que el interesado, de conformidad con las reglas generales del ordenamiento, renuncie al derecho reconocido.

Si de conformidad con el supuesto previsto en el artículo 87 de la Ley 30/1992, la renuncia al derecho implica la imposibilidad tanto de continuar el procedimiento como de volver a instarlo, la renuncia una vez reconocido formalmente el derecho previsto legalmente implica tanto su extinción como la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento basado en el mismo derecho.

Siendo incontestable la posibilidad de renunciar al derecho reconocido al socio minoritario es igualmente evidente el interés en que dicha circunstancia se haga constar en el Registro Mercantil a fin de que no se imposibilite el

oportuno depósito, en su día, de las cuentas de la sociedad no obligada a verificación contable (art. 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Por otro lado, y como resulta de la regulación reglamentaria (art. 361 del Reglamento del Registro Mercantil), las vicisitudes posteriores al nombramiento, en la medida en que afecten al procedimiento de depósito, deben hacerse constar en el folio correspondiente. Con todo, la inscripción del cese de auditor por renuncia del socio no está expresamente regulada en nuestro ordenamiento si bien si que lo está la inscripción del cese por cualquier causa *(vide* art. 22.2 del Código de Comercio), lo que justifica que este Centro se pronuncie sobre cuales hayan de ser los requisitos al respecto.

3.º La renuncia del derecho reconocido se rige por las reglas generales del ordenamiento y, en consecuencia, por lo previsto en el artículo 6.2 del Código Civil que dice así: «2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

De conformidad con la regulación sustantiva, la renuncia sólo es válida si es llevada a cabo por el titular del derecho, no contraría el interés o el orden público ni perjudica a tercero. A ello se deben añadir los requisitos de forma y tiempo.

Tratándose de un derecho de naturaleza estrictamente privada difícilmente concurrirá la excepción del interés u orden público. Tampoco concurre otro interés que el del propio renunciante habida cuenta que la sociedad contra quien se ejerció la pretensión ha tenido la posibilidad de oponerse al reconocimiento (art. 354 del Reglamento del Registro Mercantil). A pesar de ello y por aplicación de las reglas generales (art. 35 de la Ley 30/1992), parece claro que la sociedad debe ser notificada al efecto de que pueda, si le conviene, hacer las alegaciones que tenga por conveniente (sobre la legitimación del renunciante por ejemplo). Sin perjuicio de lo anterior es igualmente claro que la renuncia no puede perjudicar los derechos profesionales que el auditor nombrado y con cargo aceptado haya devengado hasta el momento en que se ponga en su conocimiento la renuncia de conformidad con las reglas generales (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por aplicación analógica de las normas previstas en el Reglamento del Registro Mercantil *(vide* art. 359 del Reglamento del Registro Mercantil), la renuncia deberá presentarse en forma ante el Registro Mercantil debiendo resultar de su contenido, con las adaptaciones necesarias, la legitimación del renunciante, el objeto de renuncia y la voluntad expresa y determinada de renunciar al derecho reconocido *(vide* sentencias del Tribunal Supremo –sala primera– de fechas 11 de octubre de 2001 y 25 de enero de 2008). La renuncia, que debe ser anterior a la emisión del informe de auditoría, debe notificarse al auditor para que alegue por su parte lo que tenga por conveniente *(vide* art. 342.1 en relación al art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil).

4.º En el supuesto que da lugar a este expediente la persona en cuyo favor se reconoció el derecho al nombramiento de auditor de cuentas pre-

senta un escrito ante el Registrador Mercantil del que resulta su voluntad inequívoca de renunciar al derecho reconocido. Ciertamente el escrito no es todo lo claro y determinante que sería deseable, puesto que se refiere tanto a la voluntad de desistir como a la de renunciar. No obstante, no constando en el expediente el informe de auditoría emitido por el auditor designado, ni tampoco el informe con opinión denegada, procede acceder a lo solicitado, sin perjuicio de la notificación por el Registrador Mercantil a la sociedad y al auditor de cuentas y salvaguardando los derechos de éste para que ejercite las acciones que pudieran corresponderle en el caso de que hubiera iniciado los trabajos de auditoría.

En su virtud, esta Dirección General, ha resuelto estimar, en los términos que resultan de las anteriores consideraciones, el recurso interpuesto por don ….., solicitante de la auditoría de cuenta para la sociedad «Salones Suarco, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil núm. 1 de Madrid de 8 de julio de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 noviembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil.

Resolución de 21 de noviembre de 2013 (4.ª)

En el expediente 128/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Instalaciones Teminsa, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. Seco presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 12 de febrero de 2013 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 «Instalaciones Teminsa, S.A.», el nombramiento de un Auditor para verificar las cuentas del año 2012.

II

La sociedad, a través de sus representantes, don ….. y don …..., se opuso a dicha pretensión alegando, en síntesis: 1.º) Que el solicitante tiene acceso a toda la información financiera y contable de la empresa, sin necesidad de acudir al nombramiento registral de auditor de cuentas. 3.º) Que es necesario tener en cuenta el perjuicio económico que origina a la empresa costera los honorarios del auditor de cuentas. 4.º) Que el solicitante está abusando de un derecho que le confiere la ley, haciendo un ejercicio antisocial del mismo e incumpliendo todos los principios del protocolo familiar.

III

El Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid, con fecha 13 de marzo de 2013, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que la falta de medios de la sociedad para hacer frente a los costes de la auditoría no representa ningún obstáculo a la solicitud, dado que lo que el legislador ha querido, y así lo señala expresamente el citado artículo 265.2, sin que quepa margen interpretativo alguno, es que estos gastos sean a cargo de la sociedad y así lo ha ratificado la Dirección general de los Registros y del Notariado. Con independencia de que la sociedad nunca haya negado información a la solicitante, el derecho que tienen los socios a solicitar auditor es distinto al de información y examen de las cuentas, pues los derechos de información y auditoría son por tanto derechos que, aunque complementarios, resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. Sobre la alegación de que la solicitud no está justificada, sino que pretende obstruir la marcha de la empresa, el Registrador Mercantil 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 lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

Contra dicha Resolución la indicada representación social, interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presenta instancia sin necesidad de repetición. Añadió que, en contra de lo que entiende el Registrador Mercantil, la solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas debe expresar la causa de la petición.

V

Finalmente, el 4 de junio de 2013, el solicitante de la auditoría de cuenta, don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil desistiendo a su petición de auditoría.

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, 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 las cuentas del 2012 de la sociedad «Instalaciones Teminsa, 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, 21 de noviembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid.

Resolución de 21 de noviembre de 2013 (5.ª)

En el expediente 189/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tillate España, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 27 de marzo de 2013 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 «Tillate España, S.A.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

Notificada de dicha instancia por correo certificado, la sociedad no se opuso al nombramiento de auditor de cuentas solicitado por la minoría.

III

El 22 de mayo de 2013, el Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid acordó estimar la solicitud, por entender que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo, exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y designar como auditor de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012 a la entidad auditora «Berger Auditores y Consultores, S.L.» que, en esa misma fecha, aceptó el encargo a través de su representante, doña …

IV

Doña ….. en nombre y representación de la entidad auditora nombrada, con fecha de 21 de junio de 2013 presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid solicitando una prórroga de un mes para iniciar los trabajos de verificación contable, a lo que el Registrador Mercantil accedió el 24 de junio del mismo año.

Esta misma petición de prórroga fue reiterada por la indicada representación social de la empresa auditora el 19 de julio de 2013 y concedida por el Registrador Mercantil por el plazo de un mes el día 30 de julio de 2013.

V

Con fecha de 25 de julio de 2013 tuvo entrada en el Registro Mercantil un escrito firmado por el solicitante de la auditoría de cuentas, don ….., renunciando a la verificación contable del ejercicio 2012, por haber trasmitido las acciones que tenía en la compañía.

VI

El Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid por acuerdo de 26 de julio de 2013 se declaró incompetente para aceptar dicha renuncia, en atención a la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

VII

Contra dicha Resolución don ….., en nombre y representación de la empresa «Tillate España, S.A.» interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que la falta de competencia del Registrador Mercantil resulta improcedente, dado que el solicitante de la auditoría de cuentas, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 del Código Civil, puede renunciar al derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º) Que la invocación al artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil es, asimismo, improcedente porque dicha norma contempla la interposición del recurso de alzada contra la declaración sobre la procedencia del nombramiento de auditor, no contra la renuncia del solicitante a la auditoría de cuentas. 3.º) Que ninguna de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado citadas por el Registrador Mercantil establecen la falta de competencia del Registrador Mercantil para calificar la renuncia del socio promotor del expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 6.2 del Código Civil, artículo 22 del Código de Comercio, artículos 17 y 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 31, 87, 89, 90 y 91 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 342 y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, sentencias del Tribunal Supremo (sala tercera) de 19 de julio de 1993, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 2002, 30 de enero de 2008 y 27 de mayo de 2011 y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 1993, 21 de enero de 1999, 10 de octubre de 2011 y 11 de enero de 2012.

1.º La cuestión que se plantea en este expediente consiste en determinar si una vez finalizado el procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, instado por la minoría social de una empresa y nombrado un auditor de cuentas de conformidad con la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, puede admitirse, posteriormente, la renuncia del socio solicitante a la auditoría de las cuentas del ejercicio económico cuya verificación solicitó.

Es doctrina de este Centro Directivo *(vide vistos),* que una vez finalizado el expediente de nombramiento de auditor que se ha llevado a cabo de conformidad con las previsiones de la propia Ley de Sociedades de Capital y de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, con la resolución de nombramiento del Registrador Mercantil, y una vez firme esta, no cabe ya desistir ni renunciar a la solicitud que inició el expediente pues, si bien es cierto que el desistimiento puede presentarse en cualquier momento del procedimiento, no lo es menos que no puede aceptarse cuando dicho procedimiento ya ha concluido. Es decir, se trata de una forma de terminación del procedimiento que solo opera cuando éste está abierto. En igual sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo *(vide vistos),* que ha insistido en que el desistimiento es, de conformidad con el artículo 87 de la Ley 30/19992, un modo de poner fin al procedimiento iniciado.

3.º Siendo cierto lo anterior no debe confundirse tal desistimiento con el supuesto que se produce cuando, reconocido el derecho en que se basa la pretensión del interesado mediante el oportuno nombramiento, este renuncia al derecho que ha sido objeto de reconocimiento. Al igual que el artículo 87 de la Ley 30/1992 distingue entre el desistimiento del procedimiento y la renuncia al derecho en que se funda la solicitud, como medios de finalización de un procedimiento abierto, debe tenerse en cuenta la situación que se produce cuando el procedimiento ha finalizado y el interesado renuncia.

Efectivamente, finalizado el procedimiento con el reconocimiento de la pretensión del interesado (en este caso, reconocimiento del derecho a que se

nombre auditor para un ejercicio concreto ex artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), es evidente que no cabe propiamente desistimiento puesto que la pretensión ha sido debidamente reconocida (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2002). Pero nada obsta a que el interesado, de conformidad con las reglas generales del ordenamiento, renuncie al derecho reconocido.

Si de conformidad con el supuesto previsto en el artículo 87 de la Ley 30/1992, la renuncia al derecho implica la imposibilidad tanto de continuar el procedimiento como de volver a instarlo, la renuncia una vez reconocido formalmente el derecho previsto legalmente implica tanto su extinción como la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento basado en el mismo derecho.

Siendo incontestable la posibilidad de renunciar al derecho reconocido al socio minoritario es igualmente evidente el interés en que dicha circunstancia se haga constar en el Registro Mercantil a fin de que no se imposibilite el oportuno depósito, en su día, de las cuentas de la sociedad no obligada a verificación contable (art. 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Por otro lado, y como resulta de la regulación reglamentaria (art. 361 del Reglamento del Registro Mercantil), las vicisitudes posteriores al nombramiento, en la medida en que afecten al procedimiento de depósito, deben hacerse constar en el folio correspondiente. Con todo, la inscripción del cese de auditor por renuncia del socio no está expresamente regulada en nuestro ordenamiento si bien sí que lo está la inscripción del cese por cualquier causa *(vide* art. 22.2 del Código de Comercio), lo que justifica que este Centro se pronuncie sobre cuales hayan de ser los requisitos al respecto.

4. La renuncia del derecho reconocido se rige por las reglas generales del ordenamiento y, en consecuencia, por lo previsto en el artículo 6.2 del Código Civil conforme al cual: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

De conformidad con la regulación sustantiva, la renuncia sólo es válida si es llevada a cabo por el titular del derecho, no contraría el interés o el orden público ni perjudica a tercero. A ello se deben añadir los requisitos de forma y tiempo.

Tratándose de un derecho de naturaleza estrictamente privada difícilmente concurrirá la excepción del interés u orden público. Tampoco concurre otro interés que el del propio renunciante habida cuenta que la sociedad contra quien se ejerció la pretensión ha tenido la posibilidad de oponerse al reconocimiento (ar. 354 del Reglamento del Registro Mercantil). A pesar de ello y por aplicación de las reglas generales (art. 35 de la Ley 30/1992), parece claro que la sociedad debe ser notificada al efecto de que pueda, si le conviene, hacer las alegaciones que tenga por conveniente (sobre la legitimación del renunciante por ejemplo). Sin perjuicio de lo anterior es igualmente claro que

la renuncia no puede perjudicar los derechos profesionales que el auditor nombrado y con cargo aceptado haya devengado hasta el momento en que se ponga en su conocimiento la renuncia de conformidad con las reglas generales (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por aplicación analógica de las normas previstas en el Reglamento del Registro Mercantil *(vide* art. 359 del Reglamento del Registro Mercantil), la renuncia deberá presentarse en forma ante el Registro Mercantil debiendo resultar de su contenido, con las adaptaciones necesarias, la legitimación del renunciante, el objeto de renuncia y la voluntad expresa y determinada de renunciar al derecho reconocido *(vide* sentencias del Tribunal Supremo –sala primera– de fechas 11 de octubre de 2001 y 25 de enero de 2008). La renuncia, que debe ser anterior a la emisión del informe de auditoría, debe notificarse al auditor para que alegue por su parte lo que tenga por conveniente *(vide* art. 342.1 en relación al art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil).

En el supuesto que da lugar a este expediente la persona en cuyo favor se reconoció el derecho al nombramiento de auditor de cuentas presentó un escrito ante el Registrador Mercantil del que resulta su voluntad inequívoca de renunciar al derecho reconocido. Ciertamente el escrito no es todo lo claro y determinante que sería deseable puesto que se refiere tanto a la voluntad de desistir como a la de renunciar. No obstante al reconocer que el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil ya se ha producido y que renuncia a sus derechos como socio minoritario es claro que la voluntad expresada se refiere precisamente a la renuncia al derecho que al socio reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Lo que ocurre es que, como resulta del propio escrito, el instante afirma que ya no es socio de la sociedad para la que solicitó a verificación contable del último ejercicio económico, lo que, evidentemente, le priva ahora de la posibilidad de renunciar a un derecho del que ya no es titular (art. 31 de la Ley 30/1992). Como quedó expresado más arriba es requisito indispensable que la renuncia sea llevada a cabo por quien ostenta la titularidad del derecho por lo que, transmitida la condición de socio, el recurrente ya no ostenta dicha posición.

En su virtud, esta Dirección General, en los términos que resultan de las anteriores consideraciones, ha resuelto desestimar el recurso interpuesto don ….., en nombre y representación de la empresa «Tillate España, S.A.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 17 de Madrid de 26 de julio de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 noviembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 17 Madrid.

Resolución de 21 de noviembre de 2013 (6.ª)

En el expediente 192/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Jacobacci & Partners, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Madrid el 26 de marzo de 2013 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y como titulares de mas del 5% del capital social de «Jacobacci & Partners, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

Trasladada dicha instancia a la sociedad el 27 de marzo de 2013 y recepcionada el 2 de abril de 2013, ésta no presentó oposición al nombramiento solicitado por los socios.

III

El 6 de mayo de 2013 tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid un escrito firmado por don ….., desistiendo de su solicitud de nombramiento registral de auditor de cuentas y solicitando el cierre del expediente, dejando sin efectos la petición de verificación de las cuentas del ejercicio 2012.

IV

El Registrador Mercantil núm. 10 de los de Madrid dio traslado de este último escrito a don ….. para que alegara lo que estimara oportuno. Y así lo hizo mediante escrito de 24 de mayo de 2013, solicitando la inadmisión del desistimiento efectuado por el otro solicitante y que se suspendiera la tramitación del expediente hasta que se clarifique la situación contable de la sociedad o bien se permitiera que otros socios, distintos de los solicitantes, ratifiquen la solicitud de nombramiento de auditor en sustitución del socio que presentó el desistimiento.

V

Por Resolución del Registrador Mercantil núm. 10 de Madrid de 20 de junio de 2013 acordó aceptar de plano el desistimiento presentado por don ….. y conceder un plazo improrrogable de tres meses a don …..., a contar desde la notificación de la presente Resolución, que es el establecido por el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil para presentar la solicitud, para que pudiera volver a ejercitar su derecho de solicitar el nombramiento de auditor de cuentas para efectuar la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. Mantuvo que la cuestión fundamental en este expediente, es si desistimiento de uno de los socios que conjuntamente con otro, presentó la solicitud de nombramiento de auditor reuniendo entre ambos el 8% del capital social y cada uno de ellos el 4% en el capital social. Es claro que el socio solicitante puede desistir de su petición, no hay ninguna norma prohibitiva y tampoco es exigible que se formalice su renuncia en escritura pública como entiende el otro interesado, pero dicho desistimiento solo le afecta a él, que es quien lo formula. Lo que ocurre en este caso, es que ese desistimiento afecta de manera clara al otro solicitante, que ejercitaba un derecho con el ahora socio que desiste y que desea seguir ejercitando.

VI

Con fecha 15 de julio de 2013, se presentó en este Registro Mercantil escrito firmado por don ….. y don ….., en su condición de socios de la sociedad «Jacobacci & Partners, S.L.», por el que ejercitan el derecho a solicitar el nombramiento de auditor de cuentas para revisar las cuentas anuales del ejercicio 2013 de la citada sociedad, en el plazo concedido por el Registrador Mercantil que suscribe en el acuerdo antes citado.

VII

El Registrador Mercantil núm. 10 de Madrid dio traslado de esta nueva solicitud a la sociedad para que pudiera ejercer las causas de oposición que estimara convenientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

VIII

Con fecha 19 de julio de 2013 don ….. presentó en este Registro Mercantil un escrito suscrito por él, solicitante inicial del nombramiento de auditor de cuentas, desistiendo de su segunda solicitud de nombramiento registral de auditor de las cuentas del ejercicio 2012. De dicho escrito se dio traslado a la sociedad para su conocimiento.

IX

El 1 de agosto de 2013 don ….., en nombre y representación de la sociedad afectada por el nombramiento registral de auditor de cuentas, «Jacobacci & Partners, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, solicitando el archivo del expediente, al considerar que el socio solicitante, don ….., carece de legitimación para dicha solicitud al haber sido concedido personalmente y con carácter excepcional a don ….., el plazo de tres meses

para que pudiese volver a ejercitar su derecho a solicitar el nombramiento de auditor, siendo éste quien ahora desiste de la solicitud, el otro socio carece de legitimación.

X

El Registrador Mercantil núm. 10 de Madrid, con fecha de 14 de agosto de 2013, acordó estimar la solicitud de auditoría formulada por don ….. pues, como ya se indicó en la Resolución del Registrador Mercantil que suscribe, de 20 de junio de 2013, es claro que el socio solicitante puede desistir de su petición, pero dicho desistimiento solo le afecta a él, que es quien lo formula. AI contrario de lo ocurrido con la solicitud inicial, que ante el desistimiento de uno de los solicitantes no se alcanzaba por el otro socio el porcentaje mínimo legal para la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador, esto es el 5% del capital social, el socio que ha ejercitado su derecho con el ahora socio que desiste, reúne por si mismo el 8% del capital social, lo que permite la continuidad del expediente con independencia del desistimiento de uno de los socios solicitantes.

XI

Contra dicha Resolución la sociedad, representada por don ….. interpuso en tiempo y forma recurso de alzada contra la anterior Resolución, alegando en esencia: 1.º) Que el Registrador Mercantil tras el desistimiento de uno de los socios solicitantes de la auditoría concedió un plazo excepcional de tres meses para proteger el interés legítimo del otro solicitante que no alcanza el porcentaje del 5% del capital social. 2.º) Que una vez que se produjo el desistimiento de éste último, deja de existir el interés legítimo que el Registrador Mercantil quiso proteger, en base al artículo 92 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de octubre de 1998.

XII

Finalmente, el 9 de septiembre de 2013, don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid manteniendo su condición de socio de la entidad mercantil, afectada por las sucesivas solicitudes de auditoría de las cuentas de 2012 con una participación superior al 5% y solicitando se mantuviera la Resolución del Registrador Mercantil núm. 15 de Madrid que estimó su solicitud. Adjuntó a su escrito copia de su solicitud y copia extractada del Acta Notarial de la Junta General de la sociedad «Jacobacci & Partners, S.L.» autorizada por el Notario de Madrid don Pedro Gutiérrez Moreno, bajo el núm. 755 de su protocolo notarial, en la que se reconoce como socio representado a don ….. y titular de 4000 participaciones sociales, representativas del 8% del capital social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 90 y 91 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 la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de octubre de 1998.

1.º Para la debida formulación de esta Resolución es preciso acotar debidamente los hechos esenciales que resultan de la exposición anterior y que son de especial trascendencia:

a) Dos socios minoritarios (ninguno ostenta por si solo el 5% de capital requerido), solicitan del Registro Mercantil de Madrid el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012.

b) Uno de ellos desiste del procedimiento. El Registrador Mercantil de Madrid, por Resolución de 20 de junio de 2013, acepta el desistimiento y concede un plazo de tres meses al otro solicitante para que presente solicitud.

c) Dentro de dicho plazo se presenta solicitud conjunta por dicho solicitante y por un tercer socio que por si sólo ostenta el 8% del capital social.

d) El socio minoritario a quien se dio el plazo de tres meses desiste del expediente y por Resolución de 14 de agosto de 2013 el Registrador Mercantil acepta el desistimiento y declara procedente el nombramiento de auditor. Es contra esta Resolución contra la que se interpone el recurso objeto de la presente y por el que la sociedad solicita el cierre del expediente.

2.º Se ha de rechazar la petición de la sociedad que pretende el archivo y cierre del expediente iniciado a las solicitudes de nombramiento registral de auditor de las cuentas del ejercicio 2012 porque, admitirlo, sería ignorar la presencia de terceros interesados personados en el expediente, en atención a la Resolución registral de 20 de junio de 2013, dictada con la finalidad de salvaguardar el interés legítimo de uno de los solicitantes de dicha auditoría que podría haberse visto perjudicado por el desistimiento de otro socio solicitante. Obviamente, ni el Registrador Mercantil puede dictar un acto contrario o incongruente al que ya adoptó, ni este Centro Directivo puede corregir una actuación procedimental dirigida a salvaguardar el interés legítimo de las partes. Téngase en cuenta además que el momento procedimental oportuno para llevar a cabo la oposición habría sido cuando se notificó la resolución de 20 de junio de 2013 pues fue en ella en la que se determinó el plazo para presentar instancia que se pretende combatir ahora de forma indirecta.

El resultado de la decisión del Registrador Mercantil de 20 de junio de 2013 tuvo como consecuencia la personación en el expediente de otro socio de la compañía, titular del 8% del capital social, como tercero interesados en la auditoría de las cuentas del ejercicio 2012. Consecuentemente, conforme a lo dispuesto en el artículo 91.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, supletoria de las normas del Reglamento del Registro Mercantil reguladoras de este procedimiento de nombramiento registral de auditor de cuentas, los efectos de dicho desistimiento deben limitarse a quien lo presentó, sin que

pueda declararse concluso el procedimiento iniciado a su instancia, mucho más teniendo en cuanta que el tercero interesado ha instado expresamente su continuación.

3.º Establecido lo anterior este Centro Directivo considera oportuno llevar a cabo un pronunciamiento sobre los requisitos legales para el desenvolvimiento del derecho de los socios minoritarios a solicitar el nombramiento de un auditor.

De conformidad con una dilatada doctrina de este Centro dicho derecho debe reunir, de acuerdo con las exigencias legales (art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), los requisitos de porcentaje de capital y de tiempo.

De acuerdo con el primero sólo los socios que representen por si o en unión de otros un porcentaje mínimo del 5% del capital social están legitimados para instar el nombramiento de auditor (art. 359.1 del Reglamento del Registro Mercantil). Dicha legitimación debe subsistir durante el plazo máximo de tres meses a que hace referencia el ordenamiento jurídico. Si como consecuencia de actos posteriores, el socio o socios pierden ese porcentaje decae su legitimación desde el momento en que se ponga de manifiesto al Registrador Mercantil y siempre que no concurra la voluntad del adquirente de las acciones o participaciones de mantener la instancia *(vide* resolución de 17 de noviembre de 1999). Sino fuere así, el plazo de tres meses sigue corriendo y nada obsta a que los mismos socios si recuperan el mínimo exigible u otros socios ejerciten tempestivamente su derecho. Se excepciona de este régimen el supuesto en que el decaimiento del porcentaje de capital se produzca como consecuencia de un acto ajeno a la voluntad del socio en cuyo caso es doctrina reiterada que la legitimación subsiste *(vide* resoluciones de 23 de septiembre de 1991, 8 y 10 de octubre y 3 de diciembre de 1999).

Por lo que se refiere al segundo requisito, el plazo, resulta de la regulación legal con meridiana claridad que se trata de un plazo preclusivo dentro del que debe ejercitarse necesariamente el derecho. Esto es así porque la finalidad del nombramiento de auditor a instancia de socio minoritario es precisamente que las cuentas de la sociedad sean auditadas por un profesional independiente de modo que los socios puedan tener cabal conocimiento de su estado *(vide* resoluciones de 4 de octubre y 22 de diciembre de 1999 y 23 de febrero de 2011 por todas). La previsión temporal es que el informe de auditoría esté a disposición de los socios al tiempo de la celebración de la Junta General en que se sometan las cuentas a su aprobación. Y aunque existen muy diversos factores que pueden impedir el cumplimiento de aquella previsión, ello no desvirtúa la intención del legislador. Por este motivo el plazo de tres meses a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital ni puede ser alterado por la sociedad *(vide* Resolución de 22 de diciembre de 1999) ni puede ser modificado por el Registrador Mercantil.

Ciertamente este Centro Directivo sostuvo en su Resolución de 20 de octubre de 1998 que el Registrador Mercantil, ante un supuesto como el que

da lugar a la presente, debía conceder un plazo de tres meses a computar desde su notificación para el ejercicio del derecho a solicitar el nombramiento de auditor. Sin embargo dicha doctrina, que por otro lado no ha sido reiterada, no puede mantenerse pues ignora el mandato legal y la continua doctrina en contrario del propio Centro, no tiene en cuenta la necesidad de que el expediente se resuelva en los tiempos previstos por el legislador, atribuye a los socios y al Registrador una capacidad de alterar la previsión legal y deja en absoluta indeterminación el plazo previsto pues una solución de instancias y desistimientos conduciría a una prórroga indefinida del plazo. Por otro lado los derechos de los socios no se ven mermados en ningún caso pues, como acabamos de ver, si como consecuencia de vicisitudes posteriores a la instancia de nombramiento el socio instante ve reducido su porcentaje por debajo del mínimo legal no por ello desaparece el derecho de los demás socios a instar el nombramiento de auditor o el del propio socio minoritario cuando por si, o en unión de otro u otros, consigue reunir en plazo el porcentaje legalmente exigible.

4.º Ante un supuesto como el que da lugar a la presente, lo que procede es que el Registrador Mercantil acepte el desistimiento del socio minoritario que así lo manifiesta poniéndolo en conocimiento de los demás interesados de acuerdo a las reglas generales del procedimiento. De este modo sólo si al fin del plazo de tres meses no aparece otro socio que bien por si mismo o junto al anterior reúna el porcentaje mínimo legalmente exigible, procederá el cierre definitivo del expediente.

Y lo anterior sin que sea procedente dictar retroacción de trámites pues como ha reiterado este Centro Directivo el hecho de que se hayan valorado todas las alegaciones formuladas excluye la indefensión de parte que pudiera justificarlo *(vide* Resolución de 30 de agosto de 2012).

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de «Jacobacci & Partners, S.L.» contra la Resolución del Registrador Mercantil núm. 10 de Madrid de 14 de agosto de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 noviembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 10 de Madrid.

Resolución de 21 de noviembre de 2013 (7.ª)

En el expediente 197/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un accionista de «Selfos Gestión, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito en la Oficina de Correos el 31 de marzo de 2011 dirigida al Registro Mercantil de Madrid, en donde tuvo entrada el 1 de abril del mismo año, 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 «Selfos Gestión, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2011.

II

Con fecha de 5 de abril de 2011 el Registrador Mercantil de Madrid requirió a la solicitante para que aportara al expediente la provisión de fondos de 199'74 euros con el fin de publicar la solicitud de auditoría en la Sección 1.ª del Boletín Oficial del Registro Mercantil así como para practicar la inscripción en el libro de Auditores de cuentas y Expertos Independientes.

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 25 de mayo de 2011, el Registrador Mercantil núm. 16 de Madrid acordó estimar la solicitud, por entender que la solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo, exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 a la empresa auditora «A 3 Auditores Asesores Asociados, S.L.», que aceptó el nombramiento a través de su representante don …

V

Por escrito presentado en el Registro Mercantil de Madrid el 11 de julio de 2011, don ….. comunicó al Registrador Mercantil la imposibilidad de realizar el informe de auditoría, dado que la empresa cuyas cuentas anuales debían haber sido auditadas ni acepto o rechazó el encargo de auditoría ni tampoco facilitó las cuentas anuales del ejercicio anterior.

VI

El 25 de febrero de 2013 la solicitante de la auditoría de cuentas presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, solicitando se deje sin efecto el nombramiento de auditor de cuentas designado, al haber variado ostensiblemente las circunstancias por las que lo solicitó.

VII

El Registrador Mercantil núm. 16 de Madrid por acuerdo de 27 de febrero de 2013 se declaró incompetente para aceptar dicha renuncia, en atención a la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

VIII

Contra la anterior decisión la solicitante de la auditoría de cuentas doña ….. se alzó ante esta Dirección General, alegando, en esencia: 1.º) Que ya no tiene interés en el informe de auditoría, dado que lo solicitó por un conflicto existente entre los socios de la compañía que, posteriormente, se resolvió con la compra de por un tercero de las participaciones de otro socio. 2.º) Que, a partir de ese momento, se ha podido acceder a la documentación contable de 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, 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 342 y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

La cuestión que plantea el presente expediente consiste en determinar si, una vez nombrado auditor a instancia de la minoría, de conformidad con la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, cabe la posibilidad de que el solicitante del nombramiento registral de auditor de cuentas renuncie al nombramiento que inició el expediente.

Es doctrina de este Centro Directivo que una vez finalizado el expediente de nombramiento de auditor con la Resolución de nombramiento del Registrador Mercantil, y una vez firme esta, no cabe ya desistir ni renunciar a la solicitud que inició el expediente, pues si bien es cierto que el desistimiento puede presentarse en cualquier momento del procedimiento, no lo es menos que no puede aceptarse cuando dicho procedimiento ya ha concluido. Es decir, se trata de una forma de terminación del procedimiento que solo opera cuando éste está abierto. En igual sentido se ha pronunciado reiteradamente la

jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo *(vid vistos),* que ha insistido en que el desistimiento es, de conformidad con el artículo 87 de la Ley 30/19992, un modo de poner fin al procedimiento iniciado.

Efectivamente, finalizado el procedimiento con la Resolución que estimó la pretensión del interesado (en este caso, reconocimiento del derecho a que se nombre auditor para un ejercicio concreto ex artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), es evidente que no cabe propiamente desistimiento, puesto que la pretensión ha sido debidamente resuelta (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2002). Pero nada obsta a que el interesado, de conformidad con las reglas generales del ordenamiento, renuncie al derecho reconocido.

Ahora bien, esta posibilidad de renunciar se rige por las reglas generales del ordenamiento y, en consecuencia, por lo previsto en el artículo 6.2 del Código Civil que dice así: «2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

De conformidad con la regulación sustantiva, la renuncia sólo es válida si se lleva a cabo por el titular del derecho, no contraría el interés o el orden público ni perjudica a tercero. A ello se deben añadir los requisitos de forma y tiempo.

Tratándose de un derecho de naturaleza estrictamente privada difícilmente concurrirá la excepción del interés u orden público. Tampoco concurre otro interés que el de la propia renunciante habida cuenta que la sociedad contra quien se ejerció la pretensión no se opone a su admisión (art. 354 del Reglamento del Registro Mercantil).

Respecto a los requisitos de forma, por aplicación analógica de las normas previstas en el Reglamento del Registro Mercantil *(vid* art. 359 del Reglamento del Registro Mercantil), la renuncia deberá presentarse en forma ante el Registro Mercantil, debiendo resultar de su contenido, con las adaptaciones necesarias, la legitimación del renunciante, el objeto de renuncia y la voluntad expresa y determinada de renunciar al derecho reconocido *(vid* sentencias del Tribunal Supremo –sala primera– de fechas 11 de octubre de 2001 y 25 de enero de 2008). En cuanto al requisito temporal, la renuncia, que debe ser anterior a la emisión del informe de auditoría, debe notificarse al auditor para que alegue por su parte lo que tenga por conveniente *(vid* art. 342.1 en relación al art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil).

En el supuesto analizado, más de un año después de que el auditor presentará el escrito de 11 de julio de 2011 ante el Registrador Mercantil que le designó manifestando la imposibilidad de emitir un informe de auditoría por no haber sido aceptado su encargo por la sociedad que tampoco entregó los documentos contables del ejercicio 2010, no puede admitirse la renuncia de la solicitante, presentada el 25 de febrero de 2013, dado que, conforme a lo previsto en el artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil el escrito presentado por el auditor no es más que un informe de auditoría con opinión denegada por imposibilidad absoluta del alcance de sus trabajos y así debe hacerse constar en la hoja registral de la sociedad. En otras palabras, admitir

la renuncia de la solicitante sería contrario a la legislación vigente en materia de auditoría y depósito de cuentas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso interpuesto por doña ….., solicitante de la auditoría de cuentas para «Selfos Gestión, S.L.», contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 16 de Madrid de 27 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 noviembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 16 de Madrid.

Resolución de 2 de diciembre de 2013 (1.ª)

En el expediente 139/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Carpinteria Lasheras, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., en nombre y representación de don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Logroño el 28 de marzo de 2012 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 «Carpinteria Lasheras, S.A.», 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: 1.º) Que no es cierto que la sociedad haya negado información a los solicitantes del nombramiento, puesto que los socios han tenido cumplida cuenta de cuanto a la sociedad acontece. 2.º) Que la verdadera finalidad de la petición está relacionada con

otros fines no declarados, siendo en realidad el pretexto para realizar un ejercicio abusivo del derecho.

III

La Registradora Mercantil de La Rioja, con fecha 12 de junio de 2012, resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad. Tras señalar que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos, mantuvo los derechos de información y auditoría son por tanto, derechos que aunque complementarios resultan distintos en su finalidad y requisitos, e independientes en su ejercicio. Respecto a la alegación de que la solicitud es un abuso de derecho y el solicitante no tiene interés real de conocer la situación de la sociedad, he de comunicarle que este órgano, dado los limitados medios de conocimiento que tienes atribuido para el nombramiento, no puede conocer las determinaciones internas que llevan al solicitante a utilizar este procedimiento y además, los comportamientos maliciosos no pueden presumirse, por lo que se procede al rechazo de este argumento conforme al artículo 7.2 del Código Civil. En atención a dichos fundamentos acordó nombrar auditor de cuentas a «C&C Consultores y Auditores, S.L.» que aceptó el encargo de auditoría a través de su representante, don …..., el 23 de julio de 2012.

IV

Con fecha de 9 de octubre de 2012 la solicitante de la auditoría de cuentas doña Teresa Lasheras García presentó un escrito con entrada en el Registro Mercantil de la Rioja el 15 de octubre del mismo año, desistiendo de su petición de auditoría de las cuentas del 2011.

V

La sociedad, por su parte, con fecha de 23 de enero de 2013, presentó en el Registro Mercantil un escrito solicitando de la Registradora la aceptación del desistimiento presentado por la representación del solicitante de la auditoría de cuentas.

VI

La Registradora Mercantil de la Rioja, con fecha de 11 de febrero de 2013, comunicó a la sociedad que para solicitar el desistimiento del nombramiento de auditor de cuentas son necesarios tres documentos. De conformidad con los artículos 1254, 1256 y 1257 del Código Civil y 91.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, habiéndose presentado dos escritos, falta el escrito del auditor nombrado con fecha legitimada del auditor nombrado, indicando que se renuncie a la designación que fue aceptada el 20 de julio de 2012.

VII

Con fecha de 26 de marzo de 2013, don Jorge Zambrana Ledesma, en nombre y representación de la firma auditora «CYO Consultores y Auditores, S.L.P.» presentó un escrito en la Oficina de Correos de Algeciras, dirigido a la Registradora Mercantil de la Rioja, oponiéndose a la aceptación del desistimiento presentado por el solicitante y por la socie-

dad, sobre la base de ser contrario a la doctrina mantenida por esta Dirección General de los Registros y del Notariado.

VIII

La Registradora Mercantil de la Rioja, con fecha de 8 de abril de 2013 acordó el cierre del expediente por el desistimiento del socio y de la sociedad comunicándolo así a las partes.

IX

Notificado la entidad mercantil auditora de cuentas de la revocación de su nombramiento y del cierre del expediente, don ….., en nombre y representación de «CYO Consultores y Auditores, S.L.P.» interpuso recurso gubernativo contra la decisión de la Registradora Mercantil de La Rioja, reiterando las alegaciones aducidas en su escrito de oposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 6.2 del Código Civil, artículo 22 del Código de Comercio, artículos 17 y 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 31, 87, 89, 90 y 91 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 342 y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, sentencias del Tribunal Supremo (sala tercera) de 19 de julio de 1993, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 2002, 30 de enero de 2008 y 27 de mayo de 2011 y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 1993, 21 de enero de 1999, 10 de octubre de 2011 y 11 de enero de 2012.

La cuestión que se plantea en este expediente consiste en determinar si nombrado un auditor de cuentas a instancia de la minoría, de conformidad con la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y, presentada posteriormente renuncia al nombramiento efectuado tanto por el socio que instó el nombramiento como por la sociedad afectada, y acordado por el Registrador Mercantil el cierre del expediente, puede el auditor cuyo nombramiento entiende revocado, oponerse al cierre del expediente y a la revocación de su nombramiento.

Es doctrina de este Centro Directivo *(vide vistos),* que una vez finalizado el expediente de nombramiento de auditor que se ha llevado a cabo de conformidad con las previsiones de la propia Ley de Sociedades de Capital y de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, con la Resolución de nombramiento del Registrador Mercantil, y una vez firme esta, no cabe ya desistir ni renunciar a la solicitud que inició el expediente pues, si

bien es cierto que el desistimiento puede presentarse en cualquier momento del procedimiento, no lo es menos que no puede aceptarse cuando dicho procedimiento ya ha concluido. Es decir, se trata de una forma de terminación del procedimiento que solo opera cuando éste está abierto. En igual sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo *(vide vistos),* que ha insistido en que el desistimiento es, de conformidad con el artículo 87 de la Ley 30/19992, un modo de poner fin al procedimiento iniciado.

3.º Siendo cierto lo anterior no debe confundirse tal desistimiento con el supuesto que se produce cuando, reconocido el derecho en que se basa la pretensión del interesado mediante el oportuno nombramiento, este renuncia al derecho que ha sido objeto de reconocimiento. Al igual que el artículo 87 de la Ley 30/1992 distingue entre el desistimiento del procedimiento y la renuncia al derecho en que se funda la solicitud, como medios de finalización de un procedimiento abierto, debe tenerse en cuenta la situación que se produce cuando el procedimiento ha finalizado y el interesado renuncia.

Efectivamente, finalizado el procedimiento con el reconocimiento de la pretensión del interesado (en este caso, reconocimiento del derecho a que se nombre auditor para un ejercicio concreto ex artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), es evidente que no cabe propiamente desistimiento puesto que la pretensión ha sido debidamente reconocida (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2002). Pero nada obsta a que el interesado, de conformidad con las reglas generales del ordenamiento, renuncie al derecho reconocido.

Si de conformidad con el supuesto previsto en el artículo 87 de la Ley 30/1992, la renuncia al derecho implica la imposibilidad tanto de continuar el procedimiento como de volver a instarlo, la renuncia una vez reconocido formalmente el derecho previsto legalmente implica tanto su extinción como la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento basado en el mismo derecho.

Siendo incontestable la posibilidad de renunciar al derecho reconocido al socio minoritario es igualmente evidente el interés en que dicha circunstancia se haga constar en el Registro Mercantil a fin de que no se imposibilite el oportuno depósito, en su día, de las cuentas de la sociedad no obligada a verificación contable (art. 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Por otro lado, y como resulta de la regulación reglamentaria (art. 361 del Reglamento del Registro Mercantil), las vicisitudes posteriores al nombramiento, en la medida en que afecten al procedimiento de depósito, deben hacerse constar en el folio correspondiente. Con todo, la inscripción del cese de auditor por renuncia del socio no está expresamente regulada en nuestro ordenamiento si bien sí que lo está la inscripción del cese por cualquier causa *(vide* art. 22.2 del Código de Comercio), lo que justifica que este Centro se pronuncie sobre cuales hayan de ser los requisitos al respecto.

4. La renuncia del derecho reconocido se rige por las reglas generales del ordenamiento y, en consecuencia, por lo previsto en el artículo 6.2 del Código

Civil conforme al cual: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

De conformidad con la regulación sustantiva, la renuncia sólo es válida si es llevada a cabo por el titular del derecho, no contraría el interés o el orden público ni perjudica a tercero. A ello se deben añadir los requisitos de forma y tiempo.

Tratándose de un derecho de naturaleza estrictamente privada difícilmente concurrirá la excepción del interés u orden público. Tampoco concurre otro interés que el del propio renunciante habida cuenta que la sociedad contra quien se ejerció la pretensión ha tenido la posibilidad de oponerse al reconocimiento (art. 354 del Reglamento del Registro Mercantil). A pesar de ello y por aplicación de las reglas generales (art. 35 de la Ley 30/1992), parece claro que la sociedad debe ser notificada al efecto de que pueda, si le conviene, hacer las alegaciones que tenga por conveniente (sobre la legitimación del renunciante por ejemplo). Sin perjuicio de lo anterior es igualmente claro que la renuncia no puede perjudicar los derechos profesionales que el auditor nombrado y con cargo aceptado haya devengado hasta el momento en que se ponga en su conocimiento la renuncia de conformidad con las reglas generales (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por aplicación analógica de las normas previstas en el Reglamento del Registro Mercantil *(vide* art. 359 del Reglamento del Registro Mercantil), la renuncia deberá presentarse en forma ante el Registro Mercantil debiendo resultar de su contenido, con las adaptaciones necesarias, la legitimación del renunciante, el objeto de renuncia y la voluntad expresa y determinada de renunciar al derecho reconocido *(vide* sentencias del Tribunal Supremo –sala primera– de fechas 11 de octubre de 2001 y 25 de enero de 2008). La renuncia, que debe ser anterior a la emisión del informe de auditoría, debe notificarse al auditor para que alegue por su parte lo que tenga por conveniente *(vide* art. 342.1 en relación al artículo 364 del Reglamento del Registro Mercantil).

5. En el supuesto que da lugar a este expediente la persona en cuyo favor se reconoció el derecho al nombramiento de auditor de cuentas presenta un escrito ante el Registrador Mercantil del que resulta su voluntad inequívoca de renunciar al derecho reconocido. A instancia de la Registradora Mercantil, y puesto que la instante reconoce que carece ya de interés alguno y de legitimación al haber transmitido las acciones de que era titular, la sociedad cuyas cuentas deben auditarse y el socio que adquirió las acciones de quien inició el expediente, confirman la renuncia. A la luz de las anteriores circunstancias la Registradora accede a la pretensión y da por cerrado el expediente, decisión que esta Dirección General no puede sino confirmar. Resultando que los posibles afectados por el informe de auditoría reconocen que el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil carece de objeto al haber desaparecido el interés protegible, es evidente que la Registradora

actuó correctamente al cerrar el expediente y notificar dicha circunstancia al auditor nombrado.

La apreciación de la renuncia verificada, como resulta de las anteriores consideraciones y del principio general consagrado en el artículo 6 del Código Civil, lo es sin perjuicio de tercero por lo que, como reconoce la notificación llevada a cabo por la Registradora, el auditor cuyo cargo ha quedado revocado por la renuncia podrá exigir de la sociedad los derechos que se hayan devengado de conformidad con lo establecido en el artículo 267 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General, en los términos que resultan de las anteriores consideraciones, ha resuelto rechazar el escrito de oposición y recurso de don ….., contra de la Registradora Mercantil de La Rioja la Resolución de 8 de abril de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 diciembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sra. Registradora Mercantil de La Rioja.

Resolución de 2 de diciembre de 2013 (2.ª)

En el expediente 175/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Gravitas Gestión Suelo, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., en su condición de heredera y miembro de la comunidad de herederos–comuneros de son ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de Barcelona, el 26 de marzo de 2013 solicitando, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, el nombramiento de un auditor para la verificación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012 de la sociedad «Gravitas Gestión Suelo, S.L.». Alegó que la comunidad hereditaria a la que pertenece es titular de 187 participaciones sociales, núms. 316 a 502,

representativas del 37,25% del capital social de la sociedad «Gravitas Gestion Suelo, S.L.» Adjuntó a su escrito fotocopia parcial de copia inscrita de la escritura de ampliación de capital de la compañía «Gravitas Gestión Suelo, S.L.» otorgada en fecha 31 de julio de 2007, ante la Notaria de Barcelona doña Berta García Prieto, bajo el núm. 3.448 de protocolo; fotocopia de copia simple de la escritura de donación, otorgada en fecha 24 de enero de 2008, ante el Notario de Barcelona don Rafael de Córdoba Benedicto, núm. 219 de protocolo. Fotocopia de copia de la escritura de testamento, otorgada en fecha 14 de febrero de 2007, ante el Notario de Barcelona don Francisco Armas Omedes, núm. 482 de protocolo. Fotocopia de copia simple parcial de la escritura de aceptación de herencia y constitución de comunidad hereditaria y aprobación de las reglas de funcionamiento de la comunidad hereditaria, otorgada en fecha 8 de marzo de 2013, ante la Notaría de Barcelona doña ….., actuando en sustitución y para el protocolo de su compañero don ….., por imposibilidad accidental del mismo, núm. 440 de protocolo, de la que se desprende que se constituye una comunidad hereditaria forzosa de los bienes, derechos y obligaciones que fueron de don ….., de la que forma parte doña ….. Fotocopia de copia simple parcial de Acta autorizada en fecha & de marzo de 2013, por la Notaría de Barcelona don ….., actuando en sustitución y para el protocolo de su compañero don ….., por imposibilidad accidental del mismo, núm. 441 de protocolo, donde se faculta expresamente a la promotora del presente expediente para representar a la comunidad hereditaria.

II

La sociedad, a través de su representante, don ….., en su condición de representante de la sociedad «Inversiones Gravitas, S.L.», Administradora única de la compañía «Gravitas Gestión Suelo, S.L.» se opuso a la anterior solicitud, alegando, en esencia: 1.º) Que la solicitud carece de objeto y es totalmente innecesaria, al contar la sociedad con un auditor designado voluntariamente; que el 5 de diciembre de 2012 por acuerdo del órgano de administración. El nombramiento recayó en la firma auditora «Plan Audit, S.L.P.» que habrá de auditar las cuentas correspondientes a los ejercicios los ejercicios 2012, 2013 y 2014. 2.º) Que, dado que la sociedad no está obligada a la verificación contable, el órgano de administración social adoptó validamente esta decisión, sin la intervención de la Junta General. Adjuntó a su escrito certificación del Acta de decisión del Administrador Único de la sociedad «Gravitas Gestión Suelo, S.L.», de fecha 5 de diciembre de 2012, expedida por don ….., en su calidad de representante persona física de la mercantil «Inversiones Gravitas, S.L.», la cual es Administradora única de la misma; escrito de Escrito de fecha 27 de diciembre de 2012 suscrito por don ….., en nombre y representación de la sociedad «Plan Audit, S.L.» por el que se acepta el nombramiento.

III

A la vista de dicho escrito, el Registrador Mercantil núm. XIII de Barcelona, con fecha 19 de abril de 2013, acordó requerir a la sociedad para que en el plazo de diez días contados desde la recepción de la notificación aportara al expediente la documentación que acreditara fehacientemente el previo nombramiento de auditor de cuentas y aportara el informe de auditoría de las cuentas del ejercicio 2012. Así lo hizo la sociedad mediante escrito de fecha de 23 de mayo de 2013, al que adjuntó certificación expedida en fecha 5 de diciembre de 2012, por don ….., en la calidad antes indicada, relativa al acta de la decisión del Administrador Único de la mercantil «Gravitas Gestión Suelo, S.L.», de misma fecha, referente al nombramiento de auditor para los ejercicios 2012, 2013 y 2014, a la mercantil «Plan Audit,

S.L.P.», cuya firma fue legitimada el día 2 de mayo de 2013, por el Notario de Barcelona don Juan Francisco Boisán Benito; así como escrito de aceptación del nombramiento de auditor, de fecha 27 de diciembre de 2012, suscrito por don ….., en representación de la firma auditora «Plan Audit, S.L.P.», cuya firma fue legitimada el día 6 de mayo de 2013 por el Notario de Madrid don Ventura Nieto Valencia.

IV

Por Resolución de 24 de mayo de 2013 el Registrador Mercantil núm. 13 de Barcelona acordó estimar la solicitud. Tras señalar que la promotora del expediente reúne los requisitos de legitimación y tiempo legalmente exigidos, mantuvo que el nombramiento voluntario de auditor de cuentas puede enervar el derecho del socio siempre que en él concurran 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 supuesto que nos ocupa, la sociedad no ha acreditado fehacientemente que el nombramiento de auditor fuera anterior a la presentación de la instancia de la solicitante; puesto que, si bien el Administrador Único de la sociedad «Gravitas Gestión Suelo, S.L.», en fecha 5 de diciembre de 2012, nombró Auditor de la Sociedad de forma voluntaria, para los ejercicios 2012, 2013 y 2014, según su simple manifestación, a la mercantil «Plan Audit, S.L.P.» y el escrito en el que consta la aceptación de la firma auditora tiene fecha de 27 de diciembre de 2012, estas fechas sólo pueden contar como prueba entre las partes contratantes, pero no pueden contar frente a terceros– y en este caso la solicitante lo es– sino desde que dichos documentos hayan sido depositados en un registro público o entregados a un funcionario competente por razón de su cargo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.227 del Código Civil, de tal manera que en el caso presente, sólo pueden tenerse en cuenta las fechas de la legitimación notarial de las firmas que constan en ambos documentos, de 2 y 6 de mayo de 2013, respectivamente, siendo así que son posteriores al tiempo en que la promotora del expediente presentó su instancia solicitando el nombramiento –el 26 de marzo de 2013–. Por tanto, se ha de concluir que debe ser reconocido a la promotora del expediente el derecho que solicitó (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 24 de junio y 18 de diciembre de 2010 y 7 de septiembre de 2011, entre otras. En el supuesto que nos ocupa, la sociedad no ha acreditado fehacientemente que el nombramiento de auditor fuera anterior a la presentación de la instancia de la solicitante; puesto que, si bien el Administrador Único de la sociedad «Gravitas Gestión Suelo, S.L.», en fecha 5 de diciembre de 2012, nombró Auditor de la Sociedad de forma voluntaria, para los ejercicios 2012, 2013 y 2014, según su simple manifestación, a la mercantil «Plan Audit, S.L.P.» y el escrito en el que consta la aceptación de la fuma auditora tiene fecha de 27 de diciembre de 2012, estas fechas sólo pueden contar como prueba entre las partes contratantes, pero no pueden contar frente a terceros– y en este caso la solicitante lo es– sino desde que dichos documentos hayan sido depositados en un registro público o entregados a un funcionario competente por razón de su cargo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.227 del Código Civil, de tal manera que en el caso presente, sólo pueden tenerse en cuenta las fechas de la legitimación notarial de las firmas que constan en ambos documentos, de 2 y 6 de mayo de 2013, respectivamente, siendo así que son posteriores al tiempo en que la promotora del expediente presentó su instancia solicitando el nombramiento –el 26 de marzo de 2013–. Por tanto, se ha de concluir que debe ser reconocido a la promotora del expe-

diente el derecho que solicitó (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 24 de junio y 18 de diciembre de 2010 y 7 de septiembre de 2011, entre otras).

V

Contra dicha Resolución la indicada representación social interpuso en tiempo y forma recurso de alzada ante esta Dirección General reiterando las alegaciones formuladas en el escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas en la presente instancia, sin necesidad de reiteración y añadiendo que el propio Registro Mercantil de Barcelona procedió a la inscripción del 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 octubre de 2010.

Se plantea nuevamente en este expediente la cuestión de cuando y en que condiciones el nombramiento voluntario de auditor de cuentas efectuado por la sociedad puede enervar el derecho del socio minoritario. 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 dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

Como excepción a esta regla general, este Centro Directivo también 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, voluntario o registral, 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. 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 sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios.

En el supuesto analizado, es cierto que la primera fecha fehaciente que consta en los documentos presentados por la sociedad es de fecha posterior a la presentación de la solicitud por la sociedad minoritaria no obstante, de una valoración conjunta de las pruebas, se llega a la conclusión de que el nombramiento sí fue previo a la solicitud presentada por el interesado, habiéndose manifestado por el representante de la sociedad en su escrito de oposición que se produjo un nombramiento de auditor anterior a la entrada de la solicitud del minoritario en el Registro Mercantil y habiendo procedido a la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil el 23 de mayo de 2013. En consecuencia, no existen razones para presumir falsedad en la declaración o fraude a los derechos del minoritario, que, de haberse producido, debería ser cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente que únicamente tiene por objeto la revisión por un auditor de las cuentas anuales de un determinado ejercicio. En este caso resulta del propio expediente con toda claridad que el derecho del minoritario ha quedado garantizado, dado que cuando la sociedad deba presentar sus cuentas anuales en el Registro Mercantil deberá de acompañarlas del informe de auditoría del ejercicio 2012, elaborado por el auditor que figura inscrito en su hoja registral, dado que en caso contrario, habría de ser rechazo el depósito de las cuentas presentadas.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por don ….., en nombre y representación de «Gravitas Gestión Suelo, S, L.» contra el acuerdo adoptado por el Registrador Mercantil núm. 13 de Barcelona el 24 de mayo de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 diciembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 13 de Barcelona.

Resolución de 4 de diciembre de 2013

En el expediente 6/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos accionistas de «Tolutel, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en el Registro Mercantil de Vizcaya el 28 de enero de 2013 solicitando, al amparo de los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, como titulares conjuntos del 3.459 acciones de «Tolutel, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales del ejercicio 2012.

II

La sociedad a través de su administradora, doña …..., se opuso a dicha pretensión alegando que el socio minoritario ya instó el nombramiento de auditor de cuentas para la sociedad en el expediente 9/2012, renunciando posteriormente a dicha solicitud, por lo que debe tener consecuencias en este procedimiento, dado que se trata de una renuncia a solicitar la verificación contable del ejercicio 2012 por auditor nombrado por el Registrador Mercantil y no un desistimiento a su solicitud.

III

El Registrador Mercantil Vizcaya, con fecha 5 de febrero de 2013, acordó denegar la oposición de la sociedad por entender que no puede prosperar el argumento aducido puesto que el hecho de que don ….. haya renunciado al nombramiento de Auditor en el caso concreto del Expediente 9/12, al tratarse de una renuncia a la solicitud de nombramiento en el caso del expediente mencionado y no de una renuncia general al derecho que le asiste a solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas para verificar la contabilidad del ejercicio 2012 y conocer si ésta refleja la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera de la empresa. El criterio mantenido en las RDGRN citadas es que para enervar el derecho del socio minoritario conforme al artículo 265.2 LSC es necesario que la sociedad haya efectuado un nombramiento voluntario de Auditor con anterioridad a la presentación de la solicitud del socio minoritario y que dicho nombramiento se haya inscrito en el Registro Mercantil o puesto el informe de auditoría a disposición del solicitante, por lo que al no darse este supuesto en base a los expresados hechos y fundamentos de derecho

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 que, en consecuencia se dan por reproducidos en la presente instancia

sin necesidad de reiteración. Añadió que por la renuncia a su solicitud, el socio minoritario manifestó su voluntad de no someter a auditoría de cuentas las correspondientes al ejercicio 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.

El presente recurso plantea una cuestión meramente formal, cuya determinación hace ocioso el examen de las restantes. Dicha cuestión no es otra que la de determinar si, una vez solicitado por el socio minoritario de una entidad mercantil el nombramiento registral de auditor de cuentas para un determinado ejercicio económico, puede éste último reiterar su petición después de haber desistido de ella para el mismo económico.

La respuesta ha de ser negativa pues, ejercitado el derecho mediante la presentación de la instancia por la que solicitó el nombramiento registral de auditor de cuentas para el ejercicio vencido, en este caso, el ejercicio 2012, no cabe ya reiterar la petición para ese mismo ejercicio económico, toda vez que el derecho configurado en el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital prevé su ejercicio en el plazo de tres meses con el fin de obtener un informe de auditoría del ejercicio vencido, de tal manera que mediante el desistimiento a su anterior solicitud el socio peticionario manifestó su voluntad de no someter la contabilidad de ese ejercicio económico a un control externo. En otras palabras, dicho desistimiento tuvo una significación y unos efectos concretos, y produjo una situación jurídica consolidada que es contraria a la pretensión deducida en la nueva solicitud presentada por el mismo socio minoritario.

Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso de alzada interpuesto por doña ....., en nombre y representación de la sociedad «Tolutel, S.L.» contra la Resolución del Registrador Mercantil de Vizcaya de 5 de febrero de 2013.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 diciembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Vizcaya.

Resolución de 5 de diciembre de 2013 (1.ª)

En el expediente 109/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socias de «Egisto, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó una escrito en la Oficina de Correos de Madrid el 27 de marzo de 2013 dirigida al Registro Mercantil de Burgos con entrada en dicho Registro el 1 de abril de 2013, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Gisto, S.L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012.

II

El Registrador Mercantil de Burgos, con fecha de 6 de abril de 2013 emitió la siguiente nota de calificación: 1.º) Es necesario realizar una provisión de fondos de conformidad con lo establecido en el artículo 426 del reglamento del Registro Mercantil que establece que el coste de la publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», será satisfecho por los interesados quienes, a estos efectos, deberán anticipar los fondos necesarios, teniendo la falta de la oportuna provisión la consideración de defecto subsanable. Tiene su fundamento de derecho en el artículo citado y en la Resolución de la DGRN de 19 de mayo de 2009. 2.º) De conformidad con el artículo 351 del RRM, la solicitud de nombramiento de auditor debe presentarse por triplicado, debiendo legitimarse la firma, el menos en un ejemplar. Tiene su fundamento de derecho en el artículo 6, 58 y 351 del RRM.

III

Con fecha 29 de abril de 2013, don …..., en nombre y representación de la solicitante de la auditoría de cuentas, doña ….., presentó un escrito en la Oficina de Correos dirigido al Registro Mercantil de Burgos, en el que tuvo entrada el 2 de mayo de 2013, mediante el cual interpuso recurso gubernativo contra dicha nota de calificación, alegando, en esencia: 1.º) Que ninguno de los actos de obligada inscripción citados en el artículo 94 se corresponde con la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas, en el caso de sociedades no sujetas por ley a la verificación contable, como es el caso de «Egisto, S.L.» 2.º) Que, en segundo lugar, el Registrador se permitió citar en su nota una Resolución de la DGRN, que nada tiene que ver con el supuesto planteado, pues resuelve si debe entenderse cumplida la obligación de provisión de fondos en un supuesto de transformación de una sociedad civil en una sociedad de responsabilidad limitada. 3.º) Que a pesar de su disconformidad con la reclamación de dicha provisión de fondos, se procedió a realizarla para no dilatar más el procedimiento. 4.º) Que el Registrador Mercantil exigió presentar la instancia por triplicado, de conformidad con el artículo 351.1 del Reglamento del Registro Mercantil, cuando no es el directamente aplicable dicho precepto, sino el artículo 359 del cuerpo reglamenta-

rio citado que remite a lo dispuesto en los artículos 354, 355,356 y 358 y no al artículo 351. 5.º) Que, a pesar de lo anterior se procedió también a presentar dicha instancia por triplicado. Por tanto debe estimarse la solicitud formulada por la minoría.

IV

Con fecha de 2 de julio de 2013 don ….. se personó en el procedimiento interponiendo recurso contra la calificación del Registrador Mercantil de Burgos de 6 de abril de 2013, alegando: 1.º) Que con fecha 14 de junio de 2013 recibió la Resolución del Registrador mercantil admitiendo la petición de nombramiento de auditor formulada por doña ….. 2.º) Que en dicha Resolución aplicó la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 2 establece el ámbito de aplicación subjetivo de la ley, sin que dicho precepto comprenda el Registro Mercantil por ser este un ente dependiente del Ministerio de Justicia, tal como establece el artículo 1 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º) Que carece de efectividad la presentación de escritos y documentos en las oficinas de correos cuando éstos van dirigidos al Registro Mercantil. La consecuencia de lo anterior es que no se entenderán presentados hasta que no tengan entrada en el Registro Mercantil correspondiente, en este caso, el de Burgos. 4.º) Que el escrito presentado por la solicitante carece de las formalidades establecidas por el artículo 31 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, que desarrolla la Ley 24/1998, de servicio postal universal y de liberalización de los servicios prestados.

V

Con fecha de 22 de noviembre de 2013 tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Burgos al que adjuntó un escrito presentado por la solicitante de la auditoría de cuentas, doña ….. desistiendo de su solicitud de verificación contable del ejercicio económico 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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 desistiendo presentado por don ….., solicitante de la auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012 para la sociedad «Egisto, 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, 5 de diciembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Burgos.

Resolución de 5 de diciembre de 2013 (2.ª)

En el expediente 110/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Viñedos del Ternero, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó una escrito en la Oficina de Correos de Madrid el 27 de marzo de 2013 dirigida al Registro mercantil de Burgos con entrada en dicho Registro Mercantil el 1 de abril de 2013, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Viñedos del Ternero, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012.

II

El Registrador Mercantil de Burgos, con fecha de 6 de abril de 2013 emitió la siguiente nota de calificación: 1.º) Es necesario realizar una provisión de fondos de conformidad con lo establecido en el artículo 426 del Reglamento del Registro Mercantil que establece que el coste de la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, será satisfecho por los interesados quienes, a estos efectos, deberán anticipar los fondos necesarios, teniendo la falta de la oportuna provisión la consideración de defecto subsanable. Tiene su fundamento de derecho en el artículo citado y en la Resolución de la DGRN de 19 de mayo de 2009. 2.º) De conformidad con el artículo 351 del RRM, la solicitud de nombramiento de auditor debe presentarse por triplicado, debiendo legitimarse la firma, el menos en un ejemplar. Tiene su fundamento de derecho en el artículo 6, 58 y 351 del RRM.

III

Con fecha 29 de abril de 2013, don …..., en nombre y representación de la solicitante de la auditoría de cuentas, doña ….., presentó un escrito en la Oficina de Correos dirigido al Registro Mercantil de Burgos, en el que tuvo entrada el 2 de mayo de 2013, mediante el

cual interpuso recurso gubernativo contra dicha nota de calificación, alegando, en esencia: 1.º) Que ninguno de los actos de obligada inscripción citados en el artículo 94 se corresponde con la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas, en el caso de sociedades no sujetas por ley a la verificación contable, como es el caso de «Viñedos del Ternero, S.L.» 2.º) Que, en segundo lugar, el Registrador se permitió citar en su nota una Resolución de la DGRN, que nada tiene que ver con el supuesto planteado, pues resuelve si debe entenderse cumplida la obligación de provisión de fondos en un supuesto de transformación de una sociedad civil en una sociedad de responsabilidad limitada. 3.º) Que a pesar de su disconformidad con la reclamación de dicha provisión de fondos, se procedió a realizarla para no dilatar más el procedimiento. 4.º) Que el Registrador Mercantil exigió presentar la instancia por triplicado, de conformidad con el artículo 351.1 del Reglamento del Registro Mercantil, cuando no es el directamente aplicable dicho precepto, sino el artículo 359 del cuerpo reglamentario citado que remite a lo dispuesto en los artículos 354, 355,356 y 358 y no al artículo 351. 5.º) Que, a pesar de lo anterior se procedió también a presentar dicha instancia por triplicado. Por tanto debe estimarse la solicitud formulada por la minoría.

IV

Con fecha de 2 de julio de 2013 don ….. se personó en el procedimiento interponiendo recurso contra la calificación del Registrador Mercantil de Burgos de 6 de abril de 2013, alegando: 1.º) Que con fecha 14 de junio de 2013 recibió la Resolución del Registrador mercantil admitiendo la petición de nombramiento de auditor formulada por doña ….. 2.º) Que en dicha Resolución aplicó la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 2 establece el ámbito de aplicación subjetivo de la ley, sin que dicho precepto comprenda el Registro Mercantil por ser este un ente dependiente del Ministerio de Justicia, tal como establece el artículo 1 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º) Que carece de efectividad la presentación de escritos y documentos en las oficinas de correos cuando éstos van dirigidos al Registro Mercantil. La consecuencia de lo anterior es que no se entenderán presentados hasta que no tengan entrada en el Registro Mercantil correspondiente, en este caso, el de Burgos. 4.º) Que el escrito presentado por la solicitante carece de las formalidades establecidas por el artículo 31 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, que desarrolla la Ley 24/1998, de servicio postal universal y de liberalización de los servicios prestados.

V

Con fecha de 22 de noviembre de 2013 tuvo entrada en el Registro general de este Departamento ministerial un oficio del Registrador Mercantil de Burgos al que adjuntó un escrito presentado por la solicitante de la auditoría de cuentas, doña Isabel de Luis Olloquí desistiendo de su solicitud de verificación contable del ejercicio económico 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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 desistiemto presentado por doña Isabel de Luis Olloquí, solicitante de la auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012 para la sociedad «Viñedos del Ternero, 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, 5 de diciembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Burgos.

Resolución de 5 de diciembre de 2013 (3.ª)

En el expediente 191/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Grupo Elteis, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., letrado de La Rioja y Administrador Único de la comunidad de herederos de don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil de La Rioja el 1 de marzo de 2013 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 «Grupo Elteis, S.L.», el nombramiento de un auditor que efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2012. Adjuntó a su instancia escritura pública de nombramiento de Administrador Único de la comunidad de herederos de don ….., autorizada por el Notario de la Rioja, don José Antonio Cerrat García de la Barrera, bajo el número1152, con las facultades representativas descritas en la misma; y escritura pública de constitución de la sociedad de referencia, de la que resulta que don ….. fue titular de un número de participaciones sociales equivalentes al 50% del capital social.

II

Notificada dicha instancia y sus documentos adjuntos a la sociedad, ésta no presentó oposición a la solicitud de auditoría de cuentas.

III

Con fecha de 20 de marzo de 2013, la Registradora Mercantil La Rioja, acordó estimar la solicitud de auditoría de las cuentas del ejercicio 2012 para la sociedad de referencia, dado que ésta no formuló oposición a la auditoría solicitada.

IV

El 20 de abril de 2013, la Registradora Mercantil La Rioja designó como auditor de cuentas a don ….. que, el 29 de abril de 2013, aceptó el encargo de auditoría.

V

Con fecha de 6 de mayo de 2013 don ….., actuando en nombre y representación de la comunidad de herederos de don ….., solicitante de la auditoría de cuentas, presentó un escrito desistiendo de su solicitud.

VI

La Registradora Mercantil de La Rioja el 22 de mayo de 2013 acordó no admitir el desistimiento presentado, por entender que no cabe desistimiento unilateral por parte del solicitante –artículo 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común– y señaló el plazo de quince días a contar desde la recepción de la notificación de dicha Resolución para interponer recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

VII

Con fecha de 13 de junio de 2013, don ….., actuando como Apoderado de la sociedad afectada por la solicitud de auditoría, «Grupo Elteis, S.L.», compareció en el procedimiento solicitando el desistimiento de la solicitud.

VIII

Con fecha de 29 de junio de 2013 la Registradora Mercantil de la Rioja acordó inadmitir dicho desistimiento, habida cuenta de la firmeza de su Resolución y de conformidad con el artículo 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

IX

Con fecha de 29 de junio de 2013, designado por la Registradora Mercantil de La Rioja, don ….., presentó un escrito en el Registro Mercantil informando que la sociedad continúa sin entregar las cuentas del ejercicio 2012 debidamente formuladas, por lo que conforme a

lo dispuesto en el artículo 2.5 de la Ley de Auditoría de Cuentas, no puede emitir el informe de auditoría encargado por la Registradora Mercantil.

X

Por escrito de 8 de agosto de 2013 don ….., actuando en nombre y representación de la entidad mercantil «Grupo Elteis, S.L.», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección general, alegando, en esencia: 1.º) Que el desistimiento debía poner fin al procedimiento de auditoría de cuentas, por cuanto que el socio que lo instó, ex artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, había perdido todo interés en la auditoría de cuentas. Habiendo sido dicho desistimiento aceptado por la sociedad, no debe caber duda alguna sobre la finalización de dicho procedimiento administrativo de nombramiento de auditor que la Resolución recurrida negaba. 2.º) Que por Escritura Pública de fecha 7 de Octubre de 2013, otorgada ante el Notario de Logroño, don Tomás Sobrino González, al n° 1644 de su protocolo, don ….., don ….. y doña ….., herederos de don ….., socio fallecido de la compañía, en cuyo nombre se instó la auditoría de cuentas, a través del Administrador de la Herencia, don ….., han procedido a vender sus participaciones en «Grupo Elteis, S.L.» a la sociedad «Glam Europa XXI, S.L.».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 6.2 del Código Civil, artículo 22 del Código de Comercio, artículos 17 y 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 31, 87, 89, 90 y 91 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 342 y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, sentencias del Tribunal Supremo (sala tercera) de 19 de julio de 1993, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 2002, 30 de enero de 2008 y 27 de mayo de 2011 y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 1993, 21 de enero de 1999, 10 de octubre de 2011 y 11 de enero de 2012.

1.º La cuestión que se plantea en este expediente se centra en determinar si nombrado auditor a instancia de la minoría, de conformidad con la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es posible con posterioridad hacer valer frente al Registro Mercantil la renuncia al derecho en que se funda la pretensión del socio minoritario. El Registrador entiende que no es posible, mientras que el recurrente considera que es factible hacer constar la renuncia de conformidad con las reglas generales.

Tiene razón el Registrador cuando cita en su favor la doctrina de este Centro *(vide vistos),* en relación al desistimiento realizado una vez finalizado el expediente de nombramiento de auditor que se ha llevado a cabo de conformidad con las previsiones de la propia Ley de Sociedades de Capital y de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

De acuerdo con dicha doctrina, finalizado el procedimiento de designación de auditor con la Resolución de nombramiento del Registrador Mercantil, una vez firme, no cabe ya desistir ni renunciar a la solicitud que inició el expediente, pues si bien es cierto que el desistimiento puede presentarse en cualquier momento del procedimiento, no lo es menos que no puede aceptarse cuando dicho procedimiento ya ha concluido. Es decir, se trata de una forma de terminación del procedimiento que solo opera cuando éste está abierto. En igual sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo *(vide vistos),* que ha insistido en que el desistimiento es, de conformidad con el artículo 87 de la Ley 30/19992, un modo de poner fin al procedimiento iniciado.

2.º Siendo cierto lo anterior no debe confundirse con el supuesto que se produce cuando, reconocido el derecho en que se basa la pretensión del interesado mediante el oportuno nombramiento, este renuncia al derecho que ha sido objeto de reconocimiento. Al igual que el artículo 87 de la Ley 30/1992 distingue entre el desistimiento y la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, como medios de finalización de un procedimiento abierto, debe tenerse en cuenta la situación que se produce cuando el procedimiento ha finalizado y el interesado renuncia.

Efectivamente, finalizado el procedimiento con reconocimiento de la pretensión del interesado (en este caso, reconocimiento del derecho a que se nombre auditor para un ejercicio concreto ex artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), es evidente que no cabe propiamente desistimiento puesto que la pretensión ha sido debidamente reconocida (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2002). Pero nada obsta a que el interesado, de conformidad con las reglas generales del ordenamiento, renuncie al derecho reconocido.

Si de conformidad con el supuesto previsto en el artículo 87 de la Ley 30/1992, la renuncia al derecho implica la imposibilidad tanto de continuar el procedimiento como de volver a instarlo, la renuncia una vez reconocido formalmente el derecho previsto legalmente implica tanto su extinción como la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento basado en el mismo derecho.

Siendo incontestable la posibilidad de renunciar al derecho reconocido al socio minoritario es igualmente evidente el interés en que dicha circunstancia se haga constar en el Registro Mercantil a fin de que no se imposibilite el oportuno depósito, en su día, de las cuentas de la sociedad no obligada a verificación contable (art. 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Por otro lado, y como resulta de la regulación reglamentaria (art. 361 del Reglamento del Registro Mercantil), las vicisitudes posteriores al nombramiento, en la medida en que afecten al procedimiento de depósito, deben hacerse constar en el folio correspondiente. Con todo, la inscripción del cese de auditor por renuncia del socio no está expresamente regulada en nuestro ordenamiento si bien si que lo está la inscripción del cese por cualquier causa *(vide* art. 22.2

del Código de Comercio), lo que justifica que este Centro se pronuncie sobre cuales hayan de ser los requisitos al respecto.

3.º La renuncia del derecho reconocido se rige por las reglas generales del ordenamiento y, en consecuencia, por lo previsto en el artículo 6.2 del Código Civil que dice así: «2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

De conformidad con la regulación sustantiva, la renuncia sólo es válida si es llevada a cabo por el titular del derecho, no contraría el interés o el orden público ni perjudica a tercero. A ello se deben añadir los requisitos de forma y tiempo.

Tratándose de un derecho de naturaleza estrictamente privada difícilmente concurrirá la excepción del interés u orden público. Tampoco concurre otro interés que el del propio renunciante habida cuenta que la sociedad contra quien se ejerció la pretensión ha tenido la posibilidad de oponerse al reconocimiento (art. 354 del Reglamento del Registro Mercantil). A pesar de ello y por aplicación de las reglas generales (art. 35 de la Ley 30/1992), parece claro que la sociedad debe ser notificada al efecto de que pueda, si le conviene, hacer las alegaciones que tenga por conveniente (sobre la legitimación del renunciante por ejemplo). Sin perjuicio de lo anterior es igualmente claro que la renuncia no puede perjudicar los derechos profesionales que el auditor nombrado y con cargo aceptado haya devengado hasta el momento en que se ponga en su conocimiento la renuncia de conformidad con las reglas generales (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por aplicación analógica de las normas previstas en el Reglamento del Registro Mercantil *(vide* art.359 del Reglamento del Registro Mercantil), la renuncia deberá presentarse en forma ante el Registro Mercantil debiendo resultar de su contenido, con las adaptaciones necesarias, la legitimación del renunciante, el objeto de renuncia y la voluntad expresa y determinada de renunciar al derecho reconocido *(vide* sentencias del Tribunal Supremo –sala primera– de fechas 11 de octubre de 2001 y 25 de enero de 2008). La renuncia, que debe ser anterior a la emisión del informe de auditoría, debe notificarse al auditor para que alegue por su parte lo que tenga por conveniente *(vide* art. 342.1 en relación al art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil).

4.º En el supuesto que da lugar a este expediente las personas a cuyo favor se reconoció el derecho al nombramiento de auditor de cuentas presentaron a través de su representante, un escrito ante la Registradora Mercantil del que resulta su voluntad inequívoca de renunciar al derecho reconocido. Ciertamente el escrito no es todo lo claro y determinante que sería deseable, puesto que se refiere tanto a la voluntad de desistir. No obstante al reconocer que el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil ya se ha producido y que renuncian a la verificación contable es claro que la voluntad expresada se refiere precisamente a la renuncia al derecho que al socio reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Lo que ocurre es que, como resulta del propio escrito, y así se desprende la propia escritura pública, adjunta al escrito de alegaciones complementario al de interposición del recurso de alzada, los solicitantes ya no ostentan los derechos del socio, puesto que trasmitieron las participaciones sociales de su causante, lo que evidentemente les priva ahora de la posibilidad de renunciar a un derecho del que ya no son titulares (art. 31 de la Ley 30/1992). Como quedó expresado más arriba es requisito indispensable que la renuncia sea llevada a cabo por quien ostenta la titularidad del derecho por lo que, transmitidas las participaciones sociales la condición de socio la ostenta el nuevo adquirente.

En su virtud, esta Dirección General, en los términos que resultan de las anteriores consideraciones, ha resuelto desestimar el recurso interpuesto por don ….., en representación de «Grupo Elteis, S.L.», contra el acuerdo adoptado por la Registradora Mercantil de Logroño de fecha 29 de junio de 2013.

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

Madrid, 5 de diciembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de La Rioja.

Resolución de 19 de diciembre de 2013

En el expediente 200/2013 sobre renuncia al nombramiento de un auditor nombrado a instancia de un socio de «Partiziona Muros Móviles, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito en su día, dirigido al Registro mercantil de Madrid en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011. Ante la falta de oposición de la sociedad, la Registradora Mercantil de Madrid 6, resolvió en fecha 5 de julio de 2012 que procedía el nombramiento de auditor recayendo en la persona de don Jesús María Verdes Lezana, quien aceptó su nombramiento en la misma fecha.

II

El Auditor designado notificó a la Registradora Mercantil mediante escrito de 17 de julio de 2012 que la sociedad y el socio instante habían llegado a un acuerdo por el que este renunciaba a la emisión del informe de auditoría, solicitando se le tuviera por dispensado de su obligación de emitirlo.

Por su parte don ….. presenta un escrito de fecha 11 de julio de 2012 ante el Registro Mercantil de Madrid, con entrada el día 18 de julio del mismo año, por el que manifiesta no ser necesaria ya la auditoría solicitada al haber dejado de ser socio de la sociedad desistiendo de su solicitud.

III

En fecha 20 de julio de 2013 la Registradora Mercantil de Madrid eleva a este Centro el escrito del socio por considerar que cualquier escrito de alegaciones posterior al nombramiento del Auditor debe considerarse recurso de alzada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 6.2 del Código Civil, artículo 22 del Código de Comercio, artículos 17 y 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 31, 87, 89, 90 y 91 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 342 y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, sentencias del Tribunal Supremo (sala tercera) de 19 de julio de 1993, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 2002, 30 de enero de 2008 y 27 de mayo de 2011 y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 1993, 21 de enero de 1999, 10 de octubre de 2011 y 11 de enero de 2012.

1. Con carácter previo, se ha de señalar la inadecuada acción de la Registradora Mercantil de Madrid quien, ante la solicitud del socio instante por la que desiste de su solicitud debió adoptar una Resolución de contestación, favorable o adversa, y no limitarse a elevar a esta Dirección General el expediente al entender que se había interpuesto un recurso de alzada. Como ha declarado este Centro Directivo en diversas ocasiones (Resolución de 3 de enero de 2011 por todas), el Registrador Mercantil es la autoridad pública competente (arts. 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil) para resolver las cuestiones que en esta materia se susciten y, en consecuencia, la relativa al desistimiento o renuncia del instante. Por tal motivo la Registradora debió resolver en los términos establecidos en la Ley de Procedimiento *(vide* art. 42.1) que, en todo lo no previsto en el Registro Mercantil, es de aplicación supletoria. No obstante esta Dirección General entiende que no procede la devolución del expediente ni la retroacción de actuaciones ya que no ha exis-

tido indefensión para ninguna de las partes interesadas, procediendo que se dicte la presente Resolución.

2. La única cuestión que se suscita en este expediente es si una vez que se ha nombrado por el Registrador Mercantil auditor a instancia de la minoría procede o no aceptar su renuncia.

Es doctrina de este Centro Directivo *(vide vistos),* que una vez finalizado el expediente de nombramiento de auditor que se ha llevado a cabo de conformidad con las previsiones de la propia Ley de Sociedades de Capital y de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, con la resolución de nombramiento del Registrador Mercantil, y una vez firme esta, no cabe ya desistir ni renunciar a la solicitud que inició el expediente, pues si bien es cierto que el desistimiento puede presentarse en cualquier momento del procedimiento, no lo es menos que no puede aceptarse cuando dicho procedimiento ya ha concluido. Es decir, se trata de una forma de terminación del procedimiento que solo opera cuando éste está abierto. En igual sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la sala tercera del Tribunal Supremo *(vide vistos),* que ha insistido en que el desistimiento es, de conformidad con el artículo 87 de la Ley 30/19992, un modo de poner fin al procedimiento iniciado.

3.º Siendo cierto lo anterior no debe confundirse con el supuesto que se produce cuando, reconocido el derecho en que se basa la pretensión del interesado mediante el oportuno nombramiento, este renuncia al derecho que ha sido objeto de reconocimiento. Al igual que el artículo 87 de la Ley 30/1992 distingue entre el desistimiento del procedimiento y la renuncia al derecho en que se funda la solicitud, como medios de finalización de un procedimiento abierto, debe tenerse en cuenta la situación que se produce cuando el procedimiento ha finalizado y el interesado renuncia.

Efectivamente, finalizado el procedimiento con reconocimiento de la pretensión del interesado (en este caso, reconocimiento del derecho a que se nombre auditor para un ejercicio concreto ex artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), es evidente que no cabe propiamente desistimiento puesto que la pretensión ha sido debidamente reconocida (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2002). Pero nada obsta a que el interesado, de conformidad con las reglas generales del ordenamiento, renuncie al derecho reconocido.

Si de conformidad con el supuesto previsto en el artículo 87 de la Ley 30/1992, la renuncia al derecho implica la imposibilidad tanto de continuar el procedimiento como de volver a instarlo, la renuncia una vez reconocido formalmente el derecho previsto legalmente implica tanto su extinción como la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento basado en el mismo derecho.

Siendo incontestable la posibilidad de renunciar al derecho reconocido al socio minoritario es igualmente evidente el interés en que dicha circunstancia se haga constar en el Registro Mercantil a fin de que no se imposibilite el

oportuno depósito, en su día, de las cuentas de la sociedad no obligada a verificación contable (art. 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Por otro lado, y como resulta de la regulación reglamentaria (art. 361 del Reglamento del Registro Mercantil), las vicisitudes posteriores al nombramiento, en la medida en que afecten al procedimiento de depósito, deben hacerse constar en el folio correspondiente. Con todo, la inscripción del cese de auditor por renuncia del socio no está expresamente regulada en nuestro ordenamiento si bien sí que lo está la inscripción del cese por cualquier causa *(vide* art. 22.2 del Código de Comercio), lo que justifica que este Centro se pronuncie sobre cuales hayan de ser los requisitos al respecto.

4. La renuncia del derecho reconocido se rige por las reglas generales del ordenamiento y, en consecuencia, por lo previsto en el artículo 6.2 del Código Civil que dice así: «2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

De conformidad con la regulación sustantiva, la renuncia sólo es válida si es llevada a cabo por el titular del derecho, no contraría el interés o el orden público ni perjudica a tercero. A ello se deben añadir los requisitos de forma y tiempo.

Tratándose de un derecho de naturaleza estrictamente privada difícilmente concurrirá la excepción del interés u orden público. Tampoco concurre otro interés que el del propio renunciante habida cuenta que la sociedad contra quien se ejerció la pretensión ha tenido la posibilidad de oponerse al reconocimiento (art. 354 del Reglamento del Registro Mercantil). A pesar de ello y por aplicación de las reglas generales (art. 35 de la Ley 30/1992), parece claro que la sociedad debe ser notificada al efecto de que pueda, si le conviene, hacer las alegaciones que tenga por conveniente (sobre la legitimación del renunciante por ejemplo). Sin perjuicio de lo anterior es igualmente claro que la renuncia no puede perjudicar los derechos profesionales que el auditor nombrado y con cargo aceptado haya devengado hasta el momento en que se ponga en su conocimiento la renuncia de conformidad con las reglas generales (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por aplicación analógica de las normas previstas en el Reglamento del Registro Mercantil *(vide* art. 359 del Reglamento del Registro Mercantil), la renuncia deberá presentarse en forma ante el Registro Mercantil debiendo resultar de su contenido, con las adaptaciones necesarias, la legitimación del renunciante, el objeto de renuncia y la voluntad expresa y determinada de renunciar al derecho reconocido *(vide* sentencias del Tribunal Supremo –sala primera– de fechas 11 de octubre de 2001 y 25 de enero de 2008). La renuncia, que debe ser anterior a la emisión del informe de auditoría, debe notificarse al auditor para que alegue por su parte lo que tenga por conveniente *(vide* art. 342.1 en relación al art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil).

5. En el supuesto que da lugar a este expediente la persona en cuyo favor se reconoció el derecho al nombramiento de auditor de cuentas presenta un

escrito ante la Registradora Mercantil del que resulta su voluntad inequívoca de renunciar al derecho reconocido al haber transmitido su cualidad de socio. Es cierto que la instancia se refiere a la voluntad de desistir de la petición realizada en su día pero no cabe reserva sobre la voluntad del interesado ni sobre la inexistencia de interés protegible; todo lo cual hace indubitada la voluntad de renuncia al derecho por parte del interesado por lo que esta Dirección General la acepta de plano.

La apreciación de la renuncia verificada, como resulta de las anteriores consideraciones y del principio general consagrado en el artículo 6 del Código Civil, lo es sin perjuicio de tercero por lo que, como reconoce la propia sociedad en su escrito de alegaciones, el auditor cuyo cargo ha quedado revocado por la renuncia podrá exigir de la sociedad los derechos que se hayan devengado de conformidad con lo establecido en el artículo 267 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso interpuesto y revocar la decisión de la Registradora Mercantil núm. VI de Madrid.

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

Madrid, 19 de diciembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. 6 de Madrid.

Resolución de 20 de diciembre de 2013 (1.ª)

En el expediente 199/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Central de Servicios de Procuradores, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., como Administrador Único de la sociedad «Travesaño, S.L.» presentó un escrito de fecha 27 de marzo de 2013, dirigido al Registro mercantil de Madrid con entrada

en dicho Registro Mercantil el mismo día de 2013, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y siendo dicha sociedad titular de más del 5% del capital social de «Central de Servicios de Procuradores, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012.

II

No existiendo oposición de la sociedad, la Registradora Mercantil de Madrid 8 dictó Resolución en fecha 4 de julio de 2013 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

III

Con fecha 7 de agosto de 2013, don ….., como Administrador Único de la sociedad a auditar, presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo entrada el mismo día de 2013, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha Resolución, con solicitud de declaración de nulidad del procedimiento, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que la sociedad ha desconocido la existencia del procedimiento hasta que el propio auditor designado se ha dirigido a la misma en fecha 20 de julio de 2013 por ser el verdadero domicilio de la sociedad uno distinto al que consta en el Registro Mercantil. Que tal circunstancia era perfectamente conocida por la sociedad instante provocando una clara indefensión en la sociedad que representa, siendo su intención modificar el domicilio en la próxima reunión de Junta. 2.º) Que el instante actúa de mala fe ya que por desavenencias surgidas entre ambos es precisamente por lo que sociedad que representa ha modificado su domicilio que en la actualidad es ocupado por el instante y otras sociedades de su control. En definitiva, que el solicitante proporciona un domicilio para notificaciones que no ocupa el destinatario sino el mismo y no le da traslado de las notificaciones recibidas lo que supone un claro abuso de derecho (art. 7 del Código Civil). 3.º) Que la causa de solicitud es inexistente pues la sociedad solicitante junto con el resto de socios originales de la sociedad que representa firmaron un acuerdo en 2010 por el que se cederían las participaciones a una tercera sociedad. Que dicho acuerdo no ha sido respetado por lo que la sociedad destinataria de las participaciones ha interpuesto demanda judicial, demanda que se presentó en el año 2012 antes de la solicitud de nombramiento de auditor. Que la sociedad que solicita el nombramiento de auditor es competencia directa de la sociedad que representa pretendiendo obtener fraudulentamente la información que legalmente no le corresponde.

Solicitada por la Registradora Mercantil de Madrid núm. 8 determinada información complementaria a la sociedad recurrente fue aportada mediante escrito que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 17 de octubre de 2013. Entre dicha documentación se encuentra la demanda interpuesta y el decreto de admisión de la demanda.

IV

El día 25 de octubre de 2013, la sociedad instante, «Travesaño S.L.», presenta en el Registro Mercantil de Madrid un escrito de fecha 23 del mismo mes y año en el que hace, resumidamente, las siguientes alegaciones: que la sociedad es socio de Central de Servicios de Procuradores S.L. y por tanto está legitimada para solicitar verificación de cuentas. Que el juicio entablado se interpone precisamente al haber solicitado las cuentas. Que la cues-

tión civil planteada no afecta al presente procedimiento ni en el mismo se han suspendido los derechos políticos de Travesaño S.L. Que se solicita la confirmación de la Resolución del Registrador Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 35, 59, 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículos 9, 10, 23, 225, 230, 265 y 285 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y las resoluciones de este Centro citadas en el texto.

1. Cada uno de los motivos de recurso alegados en el escrito deben ser analizados por separado dada la distinta consideración jurídica que merecen a juicio de esta Dirección General.

2. No puede aceptarse la alegación de la sociedad relativa a que el domicilio en el que se han realizado las notificaciones es distinto a su domicilio real. Las sociedades de capital pueden establecer su domicilio donde tengan por conveniente con dos limitaciones: que sea en territorio español y que en él «… se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación» (art. 9 de la Ley de Sociedades de Capital). Si el domicilio señalado no coincide con el real dicha circunstancia no perjudica a terceros (artículo 10 de la propia Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 20 del Código de Comercio). Que exista coincidencia es responsabilidad del órgano de administración a quien incumbe el deber de llevar la gestión de la sociedad con la diligencia debida (art. 225 de la Ley) y a quien incumbe la iniciativa para modificar, en su caso, el contenido de los estatutos (art. 286 de la Ley de Sociedades de Capital). En consecuencia y como reconoce el propio escrito de recurso, es el propio órgano de administración el que debe de tomar las medidas precisas para que el domicilio real y el domicilio social fijado en estatutos y publicado coincidan, deber muy favorecido por el legislador que, salvo disposición contraria de los estatutos, autoriza a cumplir dentro del mismo término municipal sin necesidad de acuerdo social de modificación de estatutos (art. 285.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

No cabe en consecuencia apreciar indefensión alguna de la sociedad que pueda provocar la nulidad del expediente (art. 62 de la Ley 30/1992), pues ha sido la propia sociedad quien, con su inacción, ha provocado que un tercero (en este caso la Administración), haya realizado la notificación de la existencia de solicitud de verificación contable por socio minoritario, en el domicilio señalado por la propia sociedad en el Registro Mercantil. Además la inexistencia de indefensión material es patente en cuanto que la sociedad ha tenido ocasión de provocar este recurso y alegar lo que en defensa de sus intereses ha tenido por conveniente. No ha existido una situación definitiva en vía admi-

nistrativa ante la que no haya podido reaccionar debidamente la sociedad. Por otro lado, la actuación del Registro Mercantil de Madrid ha sido impecable en la medida en que a partir del momento en que la propia sociedad ha puesto de manifiesto la existencia de un domicilio real distinto del inscrito en sus libros, ha llevado a cabo las notificaciones en este último.

3. Tampoco puede apreciarse la alegación relativa a la mala fe del solicitante del expediente. 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 (resoluciones de 14 de junio de 2012 y 6 de febrero de 2013 por todas).

4. Debe apreciarse por el contrario el motivo de impugnación relativo a la existencia de un procedimiento civil pendiente de cuyo resultado dependerá la legitimación del instante, sin perjuicio de que la apreciación del motivo de recurso no da lugar a la nulidad del procedimiento, como se reclama, sino meramente a la suspensión del nombramiento llevado a cabo entretanto no se acredite ante la Registradora Mercantil la Resolución judicial firme que haya recaído.

En el caso presente, acreditado en el expediente que con anterioridad a la presentación de la solicitud de verificación de cuentas en el Registro Mercantil de Madrid el día 27 de marzo de 2013, existía litispendencia en torno a su legitimación por haberse planteado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid una demanda de cumplimiento contractual –admitida a trámite el día 1 de octubre de 2012–, 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 improcedencia de la demanda el acuerdo de nombramiento de auditor llevado a cabo por la Registradora Mercantil de Madrid quedará definitivamente confirmado.

Como ha reiterado este Centro Directivo (resoluciones de 22 de septiembre de 2012 y 13 de febrero y 13 de mayo de 2013 por todas), siendo discutida en sede judicial la propiedad que ostenta el solicitante sobre la totalidad de las participaciones sociales que le atribuyen la condición de socio, no queda acreditado el requisito de la legitimación exigido por el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital y, consecuentemente, para apreciar 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 nada obsta a lo anterior la alegación de la sociedad instante que, reconociendo la existencia de la litispendencia, afirma que la misma no afecta al presente expediente pues como resulta de las anteriores consideraciones cuando el procedimiento judicial tiene por objeto una circunstancia cuyo resultado afectará necesariamente a la Resolución ahora impugnada procede la suspensión en vía administrativa en tanto no quede dilucidada en vía judicial *(vide r*esoluciones citadas entre otras muchas).

En su virtud, esta Dirección General ha decidido estimar parcialmente el recurso interpuesto por la sociedad «Central de Servicios de Procuradores S.L.» en el sentido que procede suspender la Resolución de la Registradora de Madrid de 4 de julio de 2013 sobre nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas del ejercicio 2012 en tanto no recaiga Resolución judicial firme sobre la titularidad de las participaciones del instante.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 diciembre de 2013. Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil núm. VIII de Madrid.

Resolución de 20 de diciembre de 2013 (2.ª)

En el expediente 201/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Reparaciones de Maquinaria de O.P.S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 15 de marzo 2013, dirigida al Registro Mercantil de Sevilla con entrada en dicho Registro Mercantil el día 18 de marzo de 2013, en el que

solicitó, 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 «Reparaciones de maquinaria de O.P.S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012. En el mismo escrito se hace constar como causa de la solicitud: Valoración de la empresa.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º) El instante es consejero de la sociedad y persona encargada, junto a la asesoría externa, de preparar la contabilidad social. 2.º) La sociedad no está obligada a verificar las cuentas anuales. 3.º) El señor Acuña solicita nombramiento de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que tiene la finalidad exclusiva de efectuar la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio lo que confirma el artículo 268 del mismo texto legal. El señor Acuña sin embargo solicita una valoración de la empresa como literalmente resulta de su instancia. El nombramiento de auditor para valorar las participaciones sociales y por tanto la empresa, solo procede en los casos estrictamente previstos en la Ley de conformidad con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil. En consecuencia el señor ….. confunde dos derechos distintos, el derecho de la minoría a solicitar la verificación contable de las cuentas de un ejercicio y el derecho previsto en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil a solicitar nombramiento de auditor para valorar las participaciones sociales. Que al no estar ni el señor Acuña ni la sociedad en la situación prevista para proceder a la valoración de las participaciones sociales no procede el nombramiento de auditor.

III

El socio señor ….., a quien se dio traslado de la oposición, alegó mediante escrito de fecha 8 de abril de 2013, que la única causa de solicitud como resulta de su escrito es el ejercicio del derecho a solicitar la verificación de las cuentas anuales sin que la expresión de una causa genérica lo desvirtúe.

IV

El registrador mercantil de Sevilla dictó Resolución en fecha 12 de septiembre de 2013 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Con fecha 17 de octubre de 2013, don ….., en su calidad de consejero delegado de la sociedad, presentó un escrito en el Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo entrada el 21 de octubre de 2013, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha Resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan aquí por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Procede confirmar en su totalidad la Resolución del Registrador Mercantil de Sevilla por la que acuerda la procedencia de nombramiento de auditor sin que ninguno de los motivos de recurso tengan relevancia para enervarla.

2. Es doctrina consolidada de este Centro Directivo que el hecho de que el socio instante ostente la cualidad de miembro del consejo de administración no perjudica su derecho a solicitar verificación de las cuentas anuales pues la facultad reconocida al socio minoritario en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no queda desvirtuada por dicha circunstancia. Es cierto que este Centro Directivo ha afirmado (Resolución de 28 de febrero de 2013 por todas), que el derecho individual a solicitar el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales no procede cuando el instante ha gestionado en exclusiva o con carácter solidario la sociedad durante el ejercicio a auditar pues en estos supuestos habría podido contratar, como un acto más de gestión, los servicios de un auditor para dicha finalidad. Sin embargo no concurre dicha circunstancia en el presente expediente pues el instante, si bien ha formado parte del consejo de administración, ha carecido por si sólo de la facultad de llevar a cabo tal nombramiento al recaer la competencia de administración y representación en la totalidad del consejo y precisar un acuerdo mayoritario al respecto (art. 245.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

3. Tampoco puede acogerse el motivo relativo a que la sociedad no está obligada a verificación contable pues en definitiva es precisamente el ejercicio del derecho por socio minoritario en el plazo establecido el que hace surgir la obligación para la sociedad de someter las cuentas a informe de auditor (art. 265 de la Ley de Sociedades de Capital y Resolución de 14 de febrero de 2013 por todas).

4. Finalmente no puede tenerse en cuenta la afirmación de que el instante no está ejerciendo el derecho a solicitar la verificación contable sino el de solicitar valoración de las participaciones sociales. Siendo cierto que la Ley de Sociedades de Capital contempla como supuestos de hecho distintos uno y otro (arts. 107, 110 y 353 en relación al 265), la voluntad del socio instante es inequívoca en el sentido de que el derecho que ejercita es el de solicitar verificación contable. De la instancia presentada resulta efectivamente que «de acuerdo con el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 350 y ss. del Reglamento del Registro Mercantil…solicita nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2012» así como que solicita que se «…proceda al nombramiento de auditor de cuentas para que, con cargo a la sociedad, efectúe la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012…». La expresión de dicha voluntad no

queda desvirtuada por el hecho de que en el cuerpo de la instancia haga referencia a que la causa de la solicitud es la valoración de la empresa ya que de dicha referencia genérica no cabe inferir el ejercicio de un derecho distinto al que es reconocido por la Resolución del Registrador Mercantil, máxime cuando esta Dirección General tiene declarado (Resolución de 21 de febrero de 2013 por todas), que siendo la causa de la solicitud de carácter típico al estar embebida en el derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, ni es exigible la expresión de una causa en la solicitud ni, en consecuencia, es relevante la expresión de un motivo distinto del legalmente previsto. Por si lo anterior no fuera suficiente, el instante se dirigió al Registrador Mercantil en ejercicio del derecho reconocido en el artículo 35 e) de la Ley 30/1992 con la finalidad de reiterar su voluntad de ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, lo que es obligado tener en cuenta por la presente de conformidad con lo establecido en el artículo citado de la Ley de Procedimiento.

En su virtud esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso interpuesto y confirmar la decisión del Registrador Mercantil de Sevilla.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 diciembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 20 de diciembre de 2013 (3.ª)

En el expediente 202/2013 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Reparaciones de Suministros de Equipos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 15 de marzo 2013, dirigida al Registro Mercantil de Sevilla con entrada en dicho Registro Mercantil el día 18 de marzo 2013, en el que soli-

citó, 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 «Reparaciones y Suministros de Equipos, S.L.», el nombramiento de un Auditor que verificara las Cuentas Anuales correspondientes al ejercicio 2012. En el mismo escrito se hace constar como causa de la solicitud: Valoración de la empresa.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º) El instante es consejero de la sociedad y persona encargada, junto a la asesoría externa, de preparar la contabilidad social. 2.º) La sociedad no está obligada a verificar las cuentas anuales. 3.º) El señor Acuña solicita nombramiento de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que tiene la finalidad exclusiva de efectuar la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio lo que confirma el artículo 268 del mismo texto legal. El señor Acuña sin embargo solicita una valoración de la empresa como literalmente resulta de su instancia. El nombramiento de auditor para valorar las participaciones sociales y por tanto la empresa, solo procede en los casos estrictamente previstos en la Ley de conformidad con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil. En consecuencia el señor Acuña confunde dos derechos distintos, el derecho de la minoría a solicitar la verificación contable de las cuentas de un ejercicio y el derecho previsto en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil a solicitar nombramiento de auditor para valorar las participaciones sociales. Que al no estar ni el señor Acuña ni la sociedad en la situación prevista para proceder a la valoración de las participaciones sociales no procede el nombramiento de Auditor.

III

El socio señor Acuña, a quien se dio traslado de la oposición, alegó mediante escrito de fecha 8 de abril de 2013, que la única causa de solicitud como resulta de su escrito es el ejercicio del derecho a solicitar la verificación de las cuentas anuales sin que la expresión de una causa genérica lo desvirtúe.

IV

El registrador Mercantil de Sevilla dictó Resolución en fecha 12 de septiembre de 2013 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del Auditor solicitado.

V

Con fecha 17 de octubre de 2013, don ….., en su calidad de consejero delegado de la sociedad, presentó un escrito en el Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo entrada el 21 de octubre de 2013, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha Resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan aquí por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 35, 89, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Procede confirmar en su totalidad la Resolución del Registrador Mercantil de Sevilla por la que acuerda la procedencia de nombramiento de auditor sin que ninguno de los motivos de recurso tengan relevancia para enervarla.

2. Es doctrina consolidada de este Centro Directivo que el hecho de que el socio instante ostente la cualidad de miembro del consejo de administración no perjudica su derecho a solicitar verificación de las cuentas anuales pues la facultad reconocida al socio minoritario en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no queda desvirtuada por dicha circunstancia. Es cierto que este Centro Directivo ha afirmado (Resolución de 28 de febrero de 2013 por todas), que el derecho individual a solicitar el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales no procede cuando el instante ha gestionado en exclusiva o con carácter solidario la sociedad durante el ejercicio a auditar pues en estos supuestos habría podido contratar, como un acto más de gestión, los servicios de un auditor para dicha finalidad. Sin embargo no concurre dicha circunstancia en el presente expediente pues el instante, si bien ha formado parte del consejo de administración, ha carecido por si sólo de la facultad de llevar a cabo tal nombramiento al recaer la competencia de administración y representación en la totalidad del consejo y precisar un acuerdo mayoritario al respecto (art. 245.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

3. Tampoco puede acogerse el motivo relativo a que la sociedad no está obligada a verificación contable pues en definitiva es precisamente el ejercicio del derecho por socio minoritario en el plazo establecido el que hace surgir la obligación para la sociedad de someter las cuentas a informe de auditor (art. 265 de la Ley de Sociedades de Capital y Resolución de 14 de febrero de 2013 por todas).

4. Finalmente no puede tenerse en cuenta la afirmación de que el instante no está ejerciendo el derecho a solicitar la verificación contable sino el de solicitar valoración de las participaciones sociales. Siendo cierto que la Ley de Sociedades de Capital contempla como supuestos de hecho distintos uno y otro (arts. 107, 110 y 353 en relación al 265), la voluntad del socio instante es inequívoca en el sentido de que el derecho que ejercita es el de solicitar verificación contable. De la instancia presentada resulta efectivamente que «de acuerdo con el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil… solicita nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2012» así como que solicita que se «… proceda al nombramiento de

auditor de cuentas para que, con cargo a la sociedad, efectúe la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012…». La expresión de dicha voluntad no queda desvirtuada por el hecho de que en el cuerpo de la instancia haga referencia a que la causa de la solicitud es la valoración de la empresa ya que de dicha referencia genérica no cabe inferir el ejercicio de un derecho distinto al que es reconocido por la Resolución del Registrador Mercantil, máxime cuando esta Dirección General tiene declarado (Resolución de 21 de febrero de 2013 por todas), que siendo la causa de la solicitud de carácter típico al estar embebida en el derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, ni es exigible la expresión de una causa en la solicitud ni, en consecuencia, es relevante la expresión de un motivo distinto del legalmente previsto. Por si lo anterior no fuera suficiente, el instante se dirigió al Registrador Mercantil en ejercicio del derecho reconocido en el artículo 35.*e)* de la Ley 30/1992 con la finalidad de reiterar su voluntad de ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, lo que es obligado tener en cuenta por la presente de conformidad con lo establecido en el artículo citado de la Ley de Procedimiento.

En su virtud esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso interpuesto y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Sevilla.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 diciembre de 2013.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.