2. NOMBRAMIENTO DE AUDITORES Y EXPERTOS INDEPENDIENTES, MEDIADORES CONCURSALES Y CONVOCATORIAS DE JUNTA GENERAL

2.1 Nombramiento de auditores y expertos independientes

Resolución de 13 de enero de 2016

En el expediente 155/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Explotación Ganadera Los Barrancos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito de fecha 20 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 24 inmediato posterior, 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 «Explotación Ganadera Los Barrancos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2013.

Solicitada aclaración por el Registrador Mercantil de Sevilla en fecha 27 de marzo de 2015, el solicitante contestó mediante escrito de fecha 10 de abril de 2015 con entrada en el Registro Mercantil el día 14 inmediato posterior en el sentido de que la indicación del ejercicio 2013 era errónea y de que la solicitud iba dirigida al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que respecto a la solicitud de auditoría del ejercicio 2013 era intempestiva al haber transcurrido el plazo de tres meses posterior al cierre del ejercicio social. 2.º Que la posterior solicitud en relación con el ejer-

cicio 2014 es igualmente intempestiva al haberse presentado transcurrido el día 31 de marzo.

III

El solicitante, mediante escrito de fecha 22 de mayo de 2015 y tras ser notificado del escrito de oposición, alega que el error en el ejercicio del que se solicitaba nombramiento de auditor era meramente tipográfico y que la oposición no hace sino confirmar la falta de información y de colaboración por parte del órgano de administración de la sociedad.

IV

El Registrador Mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 26 de octubre de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ….., como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 27 de noviembre de 2015, que tuvo entrada el día 30 posterior en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que en base a la solicitud formulada respecto al ejercicio 2013 se opone por haber sido formulada transcurridos tres meses desde el cierre del ejercicio social sin que la posterior solicitud respecto del ejercicio 2014 sea admisible por el mismo motivo. De conformidad con la jurisprudencia (con cita de sentencias de juzgados de lo contencioso), no puede subsanarse la falta de un elemento esencial que ha de ser objeto de nueva solicitud. 2.º Que no reconoce la firma del socio en los documentos que se la han remitido desconociendo la persona de quien los firma (acompaña documentación). 3.º Que el nombramiento es innecesario por cuanto el día 30 de junio de 2015 se celebró junta universal en la que se aprobaron por unanimidad las cuentas del ejercicio 2014 lo que equivale a la renuncia a su solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 87, 89, 107 y 113 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 así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar porque ninguno de los motivos contenidos en el escrito de recurso pueden desvirtuar el contenido de la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla.

En relación al primer motivo de recurso porque el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital exige dos requisitos para que pueda prosperar, como

regla general, la petición: que el peticionario sea titular de al menos el cinco por ciento de las participaciones o acciones en que se divide el capital y que la instancia requiriendo la designación de auditor para la verificación contable del ejercicio anterior se presente antes de que transcurran tres meses contados desde el cierre del ejercicio social. En el presente expediente la presentación de la instancia firmada por el socio se lleva a cabo dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social respecto del que se puede solicitar designación de auditor.

Como ha puesto de relieve esta Dirección (Resoluciones de 10 de octubre de 2010 y 28 de julio de 2014), la obligación de la autoridad que resuelve la solicitud –y en este caso el registrador Mercantil lo es– es la de evitar indefensión en cualquiera de las partes del procedimiento y a tal fin debe dirigir su actuación, requiriendo a las partes para que subsanen los posibles errores u omisiones y corrigiendo o subsanando los propios (art. 105 de la Ley 30/1992).

Así ha ocurrido en el supuesto que da lugar a la presente en el que el Registrador Mercantil ante una instancia presentada dentro del plazo respecto del que se puede solicitar designación de auditor ha requerido del solicitante, a efectos de evitar su indefensión, que aclarase el ejercicio respecto del que se solicitaba la designación de auditor. De seguirse la tesis del recurrente, el registrador debería haber rechazado sin más la solicitud por extemporánea provocando, ahora sí, una evidente situación de indefensión. No existe en el expediente indicio alguno de que la voluntad real del solicitante fuese la solicitud de nombramiento de auditor respecto de un ejercicio cuyo periodo ya había finalizado. En definitiva, el Registrador Mercantil ha obrado correctamente diligenciando al solicitante por lo que aclarado el contenido de su pretensión y siendo esta legítima y tempestiva no procede sino la desestimación del motivo de recurso.

2. Igual destino le corresponde al segundo motivo de recurso. Como ha reiterado esta Dirección General *(vide* por todas, Resoluciones de 30 de julio y de 8 de agosto de 2014), la falta de rigor formal del expediente que nos ocupa exime del cumplimiento de requisitos excesivos. Como resulta de su regulación, la instancia del solicitante le identifica debidamente sin mayores requerimientos. Como ha reiterado esta Dirección General desde antiguo *(vide* Resolución de 28 de julio de 1992 entre otras), el principio de igualdad entre las partes del procedimiento quedaría conculcado si un rigorismo excesivo exigiera al solicitante no solo acreditar su condición de socio sino además su identidad que se entiende suficientemente acreditada por la mera presentación de la solicitud (art. 351 del Reglamento del Registro Mercantil).

Al respecto, es doctrina reiterada de esta Dirección General *(vide* Resoluciones de 26 de junio, 30 de julio y 5 de agosto de 2014 y 26 de mayo de 2015 entre las más recientes), que si la sociedad entiende que la solicitud ha sido llevada a cabo con suplantación de personalidad o por persona distinta de aquella que firma la instancia correspondiente tiene abierta la vía jurisdiccional en defensa de su posición jurídica. Este Centro Directivo limita su compe-

tencia a la determinación de si concurren o no los requisitos establecidos en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para la designación por parte del Registrador Mercantil de un auditor que lleve a cabo la verificación de las cuentas anuales del último ejercicio. Consecuentemente esta Administración no puede entrar a valorar circunstancias que escapan de su competencia y que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Presentada instancia firmada por quien afirma ser socio de la sociedad no cabe en consecuencia que en el estrecho ámbito de este procedimiento se haga pronunciamiento alguno sobre la veracidad de la firma. Si la sociedad considera que la instancia ha sido firmada por persona distinta a quien ostenta la cualidad de socio puede accionar en defensa de su derecho por las vías previstas en el ordenamiento jurídico pero no puede pretender que esta Administración asuma la defensa de su posición jurídica en el ámbito de un procedimiento limitado por su competencia, objeto, conocimiento y efectos.

3. Igual suerte desestimatoria merece el último de los motivos de recurso. El hecho de que el administrador de la sociedad haya sometido las cuentas a aprobación social y de que estas hayan sido aprobadas no priva al socio del derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable, o determinar si la conoce o no, o si puede o no ejercer su derecho de voto en un sentido o en otro en la junta general ordinaria, sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 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). El hecho de haber votado a favor de la aprobación de las cuentas anuales no le priva del derecho a solicitar su verificación contable.

Tampoco cabe afirmar que existe una renuncia tácita de la pretensión del solicitante. En primer lugar porque, como queda dicho, se trata de ejercitar derechos distintos sin que el ejercicio de uno implique la renuncia al ejercicio de otro. En segundo lugar porque la renuncia a un derecho si bien no precisa de una declaración de voluntad expresa sí que precisa, al menos, la acreditación de que la voluntad del titular sea precisamente la de renunciar al derecho. En tercer lugar, porque no existe en el expediente atisbo alguno de que quien ejerciera en su día el derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital haya desistido de su pretensión de conformidad con la

previsión del artículo 87 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre *(vide,* por todas, Resolución de 31 de enero de 2014).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla núm. III, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 26 de octubre de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 enero de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. III.

Resolución de 14 de enero de 2016

En el expediente 153/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Corrugados Azpeitia, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito de fecha 13 de enero de 2014, dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, en el que tuvo su entrada el día 21 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y como socio de la entidad «Corrugados Azpeitia, S.L.», el nombramiento de un auditor para determinar el valor real de sus participaciones sociales.

Basa su pretensión en su titularidad del 2% del capital social adquirido a consecuencia de contrato de compraventa y en el hecho de que la junta general de la sociedad acordó, el día 15 de octubre de 2013 y sin su presencia ni voto, la modificación del objeto social. Mediante acta de remisión por correo autorizada por el notario de Córdoba don ….., el día 5 de diciembre de 2013, notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación. En la copia del acta que aporta consta diligencia de fecha 17 de diciembre de 2013 de la que resulta la incorporación del certificado de correos del que a su vez resulta que la notificación fue entregada el día 11 de diciembre de 2013.

II

La sociedad no se opuso a la pretensión por lo que el Registrador Mercantil de Guipúzcoa don Joaquín Torrente García de la Mata resolvió en fecha 10 de febrero de 2014 la procedencia del nombramiento, resolución que devino firme por lo que procedió a la designación del auditor don ....., para que llevase a cabo las labores de valoración, aceptando este la designación en fecha 19 de marzo de 2014.

III

Don ....., mediante escrito de fecha 19 de octubre de 2015 pone manifiesto que el plazo de que disponía el auditor designado para realizar su informe era de un mes conforme al artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil sin que conste que haya solicitado prórroga por lo que de conformidad con la previsión de los artículos 345 y 364 del propio reglamento solicita del Registrador Mercantil de Guipúzcoa que declare caducado el nombramiento del designado y proceda al nombramiento de un nuevo auditor.

IV

Notificado el auditor designado en su día de la solicitud contesta al Registro Mercantil de Guipúzcoa mediante escrito de fecha 5 de noviembre de 2015, en el que hace constar que el trabajo está prácticamente finalizado habiendo sido numerosos los obstáculos para su realización; que en base a la información recibida hasta la fecha terminará el informe y lo pondrá a disposición del Registro Mercantil y de las partes.

V

El Registrador Mercantil de Guipúzcoa don Joaquín Torrente García de la Mata, mediante resolución de fecha 9 de noviembre de 2015, acuerda no proceder a la solicitud del socio considerando prorrogado el nombramiento del auditor designado al constar a las partes la realización de trabajos de auditoría y por aplicación analógica del artículo 52 del reglamento de la Ley de Auditoría.

VI

Don ....., por escrito de fecha 27 de noviembre de 2015 presentado directamente en esta Dirección General el mismo día, interpuso recurso de alzada contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la aplicación analógica del artículo 52 del reglamento de auditoría no es procedente pues ni concurren los supuestos en él previstos ni es conforme a la interpretación jurisprudencial del concepto de analogía. 2.º Que procede la aplicación de la previsión del Reglamento del Registro Mercantil por lo que acreditado que ha transcurrido más de un mes desde la aceptación del encargo sin que se haya solicitado prórroga, ha de considerarse el nombramiento caducado siendo procedente un nuevo nombramiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 266, 346.1, 348, 349, 353 y 354 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No procede la admisión del recurso al carecer esta Dirección General de los Registros y del Notariado de competencia para su resolución.

Como resulta de los hechos, la resolución impugnada es de fecha 9 de noviembre de 2015 y el escrito de impugnación de fecha 27 del mismo mes y año.

La disposición final 14.3 de Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción voluntaria, dio nueva redacción al artículo 266 de la Ley de Sociedades de Capital que en la actualidad dice así: «1. Cuando concurra justa causa, los administradores de la sociedad y las personas legitimadas para solicitar el nombramiento de auditor podrán pedir al Secretario judicial o Registrador mercantil la revocación del que hubieran nombrado ellos o del designado por la junta general y el nombramiento de otro. 2. La solicitud dirigida al Registrador mercantil se tramitará de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil. Si la revocación se instara ante el Secretario judicial, se seguirán los trámites establecidos en la legislación de jurisdicción voluntaria. 3. La resolución que se dicte sobre la revocación del auditor será recurrible ante el Juez de lo Mercantil».

Dicha modificación entró en vigor el día 24 de julio de 2015 de conformidad con las previsiones de la disposición final vigesimoprimera de la propia Ley 15/2015.

2. Como resulta de la mera lectura del precepto transcrito la competencia para conocer de los recursos contra la resolución del Registrador Mercantil o del secretario judicial (hoy letrado de la administración de justicia), sobre solicitudes de revocación de nombramiento de auditor por justa causa, corresponde a los Tribunales de Justicia y en concreto a los Juzgados de lo Mercantil.

Téngase en cuenta que el precepto transcrito es de aplicación a cualquier supuesto de solicitud de revocación de nombramiento de auditor designado por el Registrador Mercantil y no solo a los que resulten del supuesto establecido en el artículo 265.2 de la propia Ley de Sociedades de Capital. Como resulta del propio precepto la solicitud de revocación es predicable tanto de los supuestos en que la designación haya sido llevada a cabo por la propia sociedad como por el Registrador Mercantil, ya se trate de designación forzosa o voluntaria; la norma solo exige que concurra justa causa y que la solicitud sea llevada a cabo por los administradores de la sociedad o por persona legitimada para solicitar el nombramiento. Además, al igual que la Ley de Sociedades de Capital no contempla un procedimiento distinto para la desig-

nación de auditor en los supuestos en que es preciso llevar a cabo un informe sobre el valor razonable de participaciones o acciones de sociedades *(vide* arts. 107, 124, 128, 308 y 353 de la Ley de Sociedades de Capital en relación al art. 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil), no cabe afirmar que exista un procedimiento distinto para revocar el nombramiento llevado a cabo cuando la causa del nombramiento no sea la contemplada en el artículo 265 de la Ley. Al igual que para su designación han de aplicarse las mismas previsiones de la propia Ley y del Reglamento del Registro Mercantil, para la revocación de auditores designados por el Registrador Mercantil debe aplicarse la norma transcrita sin que haya lugar a distinción alguna por la causa del nombramiento.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso contra la resolución del Registrador Mercantil de Guipúzcoa don Joaquín Torrente García de la Mata de fecha 9 de noviembre de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 enero de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de Guipúzcoa.

Resolución de 18 de enero de 2016

En el expediente 149/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Electricidad Montseny, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó escrito de fecha 29 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 31 del mismo mes, 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 «Electricidad Montseny, S.L.», el nombramiento de auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 1 de abril del mismo año en el domicilio social, siendo devuelta el día 13 del mismo mes. Posteriormente, se notifica en el domicilio del administrador de la mercantil en la misma fecha, notificación que igualmente es devuelta el 21 de abril, procediendo a la notificación edictal en el Boletín Oficial del Registro Mercantil el día 27 de abril de 2016.

El día 9 de mayo de 2016, sin haber formulado oposición la mercantil en el plazo legalmente previsto, se procede al nombramiento solicitado, siendo notificada tal resolución en la misma fecha en el domicilio social. Dicha notificación fue devuelta el 19 de mayo y enviada de nuevo al domicilio del administrador a su domicilio, notificación igualmente devuelta. Procediéndose por tanto a publicarla el Registrador Mercantil mediante edicto en el Boletín Oficial del Estado el 6 de junio de 2016. Cumplidos los plazos legales, el nombramiento del auditor, tras su aceptación, fue inscrito el 26 de julio de 2016 en la hoja social de la mercantil.

Mediante escrito de 19 de septiembre de 2016, presentado el día 20, la sociedad formula oposición indicando que no ha sido notificada en su domicilio real, sino en el domicilio que consta en la hoja social por lo que entiende que procede la nulidad del nombramiento por indefensión así como niega la condición del socio del peticionario al haber transmitido sus participaciones en el año 2013. Dichas alegaciones no son tenidas en consideración en resolución de 26 de septiembre de 2016 emitida por don Francisco J. Salvador Campderá, Registrador Mercantil de Alicante III tanto por entender que no se ha producido tal indefensión como por la extemporaneidad en su presentación.

III

El Registrador Mercantil de Alicante Número III, don Francisco J. Salvador Campderá, dictó Resolución de fecha 26 de septiembre de 2016 por la que desestimó la oposición formulada al entender que, en primer lugar, adolece el defecto de extemporaneidad ya que había concluido el procedimiento con el nombramiento, aceptación e inscripción del cargo de auditor designado; y, en segundo lugar, porque no se había producido la alegada indefensión ya que las notificaciones habían sido legalmente realizadas tanto en el domicilio social como en el del administrador resultante en la hoja social, así como por edictos de manera supletoria.

IV

Don ….., administrador de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 26 de septiembre, por considerar que el procedimiento es defectuoso ya que en la solicitud que dio inicio al mismo no se indicó el domicilio de la sociedad por el solicitante por lo que el Registrador Mercantil acudió a los que figuraban en la hoja social sin ser los actuales, con lo que al ser infructuosas tales notificaciones se acudió al sistema edictal. Por tanto, entiende el recurrente, la falta de exigencia de la indicación

del domicilio en la solicitud del socio implicó una efectiva «indefensión ala mercantil» que conllevaría «la nulidad de la designación del auditor y de las notificaciones practicadas».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 59, 89, 107 y 113 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, D. T. 3.ª de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), 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 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. La norma no establece ningún límite máximo de titularidad de participaciones sociales, ausencia que conlleva que no pueda estimarse el argumento del recurrente de que el solicitante carece de legitimación al no poder ser considerado socio minorista al ser titular del 42,34% de las acciones de la sociedad.

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.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a

verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

2. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad plantea la posible nulidad del expediente por indefensión ya que las notificaciones fueron practicadas en el domicilio social y en el del administrador que figuraban en la hoja social, sin corresponder con el efectivo de los mismos, circunstancia que manifiesta el recurrente era conocida por el socio minoritario que inicia el mismo.

Como la propia sociedad reconoce, la modificación del domicilio social no consta inscrita en el Registro Mercantil por lo que no puede imputar a este las consecuencias de tal circunstancia. Inscrito un domicilio se presume que el mismo es exacto de conformidad con la disposición del artículo 20 del Código de Comercio produciendo sus efectos mientras que el mismo no sea objeto de modificación bien por iniciativa de la propia sociedad bien por inscripción de la declaración judicial de su inexactitud o nulidad (Resolución de 30 de noviembre de 2015).

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 (art. 10 de la propia Ley de Sociedades de Capital en relación con el art. 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, 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 territorio nacional sin necesidad de acuerdo social de modificación de estatutos (art. 285.2 de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción dada por la disposición final de la Ley 9/2015, de 25 de mayo).

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 administrativa ante la que no haya podido reaccionar debidamente la sociedad *(vide* Resoluciones de 22 de mayo de 2012, 20 de diciembre de 2013, 9 de enero de 2014 y 22 de mayo de 2015). En definitiva, y como se acredita en el propio expediente mediante las copias de los certificados de correos así como se reconoce en el propio escrito de recurso el Registro Mercantil ha llevado a cabo las notificaciones a las que está obligado legalmente de forma correcta.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Alicante Número III, don Francisco J. Salvador Campderá, de fecha 26 de septiembre de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 18 de enero de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. III.

Resolución de 25 de enero de 2016

En el expediente 38/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hoteles Acebuche, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., como administradora solidaria de la sociedad «Royal Bridge España, S.L.» presentó un escrito de fecha 16 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Jaén, en el que tuvo su entrada el día 23 inmediatamente posterior, 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 su representada de más del 5% del capital social de «Hoteles Acebuche, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Por acuerdo del consejo de administración de fecha 18 de diciembre de 2013 se nombró auditor voluntario para los ejercicios 2013 a 2015. Dicho acuerdo se elevó a escritura pública, copia de la cual se acompaña. 2.º Que dicho acuerdo fue presentado a inscripción. 3.º Que el acuerdo fue ratificado por la Junta General de socios el día 19 de agosto de 2014 según consta en acta notarial. 4.º Que el acuerdo fue suspendido en el Registro Mercantil. 5.º Que de todo lo anterior resulta que existe auditor nombrado por lo que no procede el nombramiento de uno nuevo.

Llevados a cabo determinados trámites esta Dirección General de los Registros y del Notariado resolvió en fecha 22 de mayo anular las actuaciones hasta entonces llevadas a cabo y retrotraer los efectos del expediente hasta la notificación de la diligencia de mejor proveer de fecha 24 de febrero de 2015 por la que la registradora, considerando acreditado el nombramiento voluntario de auditor, solicita de la sociedad que justifique en el plazo legal: a) que el secretario del consejo que firma el escrito de oposición tiene facultades para hacerlo y b) que se ha garantizado el derecho del socio minoritario bien mediante la justificación de entrega del informe bien mediante su incorporación al expediente.

III

Reanudada la tramitación del expediente y nuevamente notificada la anterior diligencia, la sociedad contesta al requerimiento mediante escrito de fecha 18 de septiembre de 2015 firmado por el señor don ….., en el sentido siguiente: 1.º Que acompaña escrito firmado por el señor don ….., como administrador único de la sociedad por el que ratifica los escritos de oposición al nombramiento de auditor presentados por el letrado ….., así como hace constar que el anterior Consejo de Administración de la sociedad estaba formado por ….., como presidente, ….., como vocal y ….., como secretario y que como consecuencia del fallecimiento del primero se acordó la modificación del órgano de administración con cese de

todos sus miembros y nombramiento de administrador único en la persona del firmante. 2.º Que en relación a la garantía que solicita la sociedad Arribas Auditores SLP comunicó al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas el día 15 de enero de 2015 su imposibilidad de llevar a cabo el trabajo encomendado por haber transcurrido más de un año desde la fecha de referencia de las cuentas objeto de auditoría sin que hayan sido entregadas. 3.º Que la sociedad que representa como consecuencia de hallarse pendientes los nuevos informes de auditoría correspondientes a los ejercicios 2011 y 2012 por los auditores designados por el Registro Mercantil se ha visto en la imposibilidad de formular y aprobar las cuentas de los ejercicios 2013 y 2014. 4.º Que la hoja registral de la sociedad está cerrada por falta de depósito de las cuentas correspondientes a 2011 y 2012 por lo que la designación de auditor voluntario está pendiente de inscripción, circunstancia que igualmente se produciría de llevarse a cabo el nombramiento por la registradora mercantil.

Que como consecuencia de todo lo anterior y resultando que la presentación del informe de auditoría solo se puede llevar a cabo a partir de las cuentas formuladas y quedando acreditadas las razones de la pendencia de las correspondientes a 2011 y 2012, se justifica la existencia de una causa impeditiva de la elaboración del informe por causas ajenas a la voluntad de la sociedad; constando que el nombramiento del auditor es anterior a la solicitud de nombramiento debe prevalecer aquel sin perjuicio de que superadas las dificultades expuestas se haga entrega al socio minoritario del informe correspondiente.

IV

La registradora mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada dictó resolución en fecha 15 de octubre de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado en base a los siguientes fundamentos de Derecho: 1.º Que el escrito de ratificación que se acompaña es una mera fotocopia por lo que no puede ser admitida y si bien conoce la doctrina de la Dirección sobre la falta de exigencia de rigor formal en este tipo de expedientes, en el momento procedimental existente, es preciso acreditar que se actúa en representación de la sociedad sin que conste inscrito el nombramiento del firmante en el Registro Mercantil y sin que pueda determinarse su viabilidad al haberse retirado la documentación del Registro por la que se justificaba el nombramiento. 2.º Que del propio escrito resulta que el auditor voluntario nombrado ha comunicado al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la imposibilidad absoluta de llevar a cabo el trabajo de auditoría lo que equivale a su renuncia de conformidad con la previsión del artículo 3.2 de la Ley de Auditoría por lo que la sociedad no cumple ninguno de los requisitos para enervar la solicitud del socio minoritario. 3.º Que los informes de verificación de las cuentas correspondientes a 2011 y 2012 se emitieron con opinión denegada produciendo el rechazo del depósito de las cuentas anuales sin que la eventual obligación de reformular las cuentas impida la formulación de las correspondientes a 2013 y 2014; que por otro lado es evidente que no se puede emitir informe de verificación sino se han formulado las cuentas siendo doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que es irrelevante a los efectos de designación de auditor a instancia de la minoría que la sociedad tenga cerrada la hoja social, que las cuentas de ejercicios anteriores no hayan sido aprobadas o que no hayan sido formuladas las cuentas.

V

Don ….., por escrito de fecha 25 de noviembre de 2015, que tuvo entrada el día 30 de noviembre en el Registro General del Ministerio de Justicia quien, por medio de esta Direc-

ción, lo remitió al Registro Mercantil de Jaén, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que el defecto de falta de representación debería haber conllevado un plazo de subsanación y no conllevar el inmediato rechazo; que acompañan copia del acta de Junta autorizada por el notario de Madrid don ….., de 2 de marzo de 2015 de la que resulta su celebración con carácter de universal así como la adopción de acuerdos por unanimidad de cese de consejeros, de modificación de sistema de administración y de nombramiento como administrador único de don ….. 2.º Que no cabe interpretar el artículo 3.2 de la Ley de Auditoría y el artículo 7.2 de su reglamento como existencia de renuncia al cargo de auditor puesto que dicha manifestación ha de ser expresa y la notificación hecha al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas solo tienen por objeto constatar la existencia de un obstáculo para la emisión del informe. 3.º Que la dificultad consiste en definitiva en que no están finalizados los trabajos de auditoría de los ejercicios 2011 y 2012 por lo que no pueden llevarse a cabo los trabajos encomendados, problema que afectará igualmente al designado eventualmente por el Registro Mercantil. 4.º Que consta al Registro Mercantil el cierre del folio de la sociedad. 5.º Que se dan los requisitos para la desestimación de la solicitud del socio minoritario por existir una previa designación de auditor voluntario y quedar garantizado el derecho de información una vez levantados los obstáculos que han impedido proceder al depósito de las cuentas de los años 2011 y 2012 que condicionan la formulación de las de los ejercicios 2013 y siguientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 59, 62, 89, 107 y 113 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 así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La primera cuestión que se plantea en este expediente hace referencia a si es admisible el propio escrito de oposición de la sociedad por cuanto a juicio de la registradora no está debidamente acreditada la representación de la sociedad.

Lo cierto es que, a la vista de la documentación aportada con el escrito de recurso, dicha afirmación no puede ser respaldada. Como resulta de los hechos se aporta copia del acta notarial de Junta universal en la que por unanimidad se lleva a cabo el nombramiento como administrador único de don ….., anterior secretario del consejo de administración de la sociedad. También junto al escrito de recurso se aporta el original del escrito en el que dicho administrador ratifica las actuaciones llevadas a cabo por el letrado que actúa en interés de la sociedad.

En definitiva se ha justificado la actuación en nombre de la sociedad por persona que ha sido autorizada por quien a su vez ha acreditado mediante un principio de prueba por escrito su cualidad de administrador. Se ha llevado así a cumplimiento la reiterada doctrina de esta Dirección General *(vide* por todas, resoluciones de 30 de julio y 8 de agosto de 2014 y 27 de febrero

de 2015), relativa a que la falta de rigor formal del expediente que nos ocupa exime del cumplimiento de requisitos excesivos. Como resulta de la regulación reglamentaria, las partes deben constar debidamente identificadas sin especiales requerimientos de forma. Como ha reiterado esta Dirección General desde antiguo *(vide* Resolución de 28 de julio de 1992 entre otras), el principio de igualdad entre las partes del procedimiento quedaría conculcado si un rigorismo excesivo exigiera a las partes una prueba completa y rigurosa de su situación jurídica y siempre sin perjuicio del oportuno ejercicio de las acciones que a las mismas reconoce el ordenamiento jurídico. Procede en consecuencia la admisión del escrito de recurso y de este motivo de impugnación.

2. Para resolver el resto de las cuestiones planteadas es preciso partir de lo que constituye el objeto de este expediente. Como ha afirmado esta Dirección General en numerosísimas ocasiones, el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría y en referencia a un ejercicio determinado. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo. Consecuentemente ni son relevantes las circunstancias que puedan haber afectado a ejercicios anteriores ni esta Dirección puede entrar a conocer cuestiones que por su naturaleza compete resolver a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Consecuentemente, no tiene por objeto llevar a cabo una valoración de la conducta de las partes afectadas, ni llevar a cabo una valoración de los hechos que puedan haber desembocado en la situación actual de la sociedad; tampoco tiene por objeto llevar a cabo una valoración de las circunstancias que impidieron llevar a cabo el depósito de las cuentas correspondientes a ejercicios distintos de aquél a que se refiere la solicitud del socio minoritario.

Partiendo de esta premisa resulta irrelevante, a los efectos de este procedimiento y sin perjuicio de que las partes ejerciten las acciones que en Derecho les puedan corresponder, la afirmación que contiene el escrito de recurso sobre la necesidad de reformular las cuentas de los ejercicios 2011 y 2012; o la afirmación de que esta circunstancia impide la formulación de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2013 y 2014. Ninguna de estas cuestiones constituye el objeto de la presente que se limita a dilucidar si concurren en el socio instante las circunstancias exigidas en el ordenamiento para solicitar el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2014, de conformidad con el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

El hecho de que las cuentas correspondientes no se hallen formuladas es irrelevante al efecto de determinar si procede o no la designación de auditor.

En sociedades obligadas a la verificación de cuentas el nombramiento de auditor debe incluso ser anterior al cierre del ejercicio que ha de ser auditado (art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital), y consecuentemente anterior a la formulación de las cuentas. En sociedades no obligadas, el nombramiento puede solicitarse inmediatamente después de que el ejercicio esté cerrado cuando ya ha comenzado el plazo para la formulación de las cuentas y, en consecuencia, con independencia de su efectiva elaboración. Ciertamente, la previsión legal (arts. 253, 263, 265, 270 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital), es que el informe de verificación esté disponible al tiempo de la celebración de la Junta General que ha de aprobar las cuentas anuales pero dicha previsión no empece el derecho del socio minoritario a que se designe auditor desde el momento inmediatamente posterior al cierre del ejercicio social, derecho que por tanto ni depende de la efectiva existencia de las cuentas ni de su aprobación en Junta *(vide*, por todas, Resoluciones de 24 de julio y 24 de octubre de 2014). Procede en consecuencia la desestimación de este motivo de recurso.

3. Por último no cabe afirmar, como hace el escrito de recurso, que la sociedad ha garantizado el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014. Sin necesidad de entrar en la cuestión de si existe o no una renuncia del auditor designado en su día (designación no discutida por la registradora), lo cierto es que la sociedad no ha acreditado en absoluto que el derecho individual del socio minoritario esté garantizado.

Este Centro Directivo ha reiterado en numerosas ocasiones (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo, 17 de junio de 2014 y 14 de mayo y 27 de julio de 2015 entre otras muchas), 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 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, 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. Consecuentemente, de existir designado un auditor por parte de la sociedad el interés protegible del socio está salvaguardado.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores… estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que «dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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.

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas solo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital (que ha entrado en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil».

La sociedad no discute que no ha inscrito el nombramiento de auditor, único modo de garantizar el derecho del socio minoritario una vez que consta en el propio expediente que las cuentas del ejercicio 2014 no han sido formuladas y que, en consecuencia, no puede aportarse el informe de verificación.

La sociedad trata de sortear esta exigencia afirmando que la inscripción ha resultado imposible por estar el folio de la sociedad cerrado por aplicación de la previsión del artículo 282 de la Ley de Sociedades de Capital así como afirmando que la misma limitación concurriría de procederse al nombramiento de auditor por la registradora mercantil.

La primera afirmación es insostenible. El artículo citado impone una sanción civil a la sociedad que incumple una obligación de naturaleza legal por lo que no puede ser alegada para justificar el incumplimiento de otra obligación como es la de inscribir el nombramiento de auditor voluntario a efectos de garantizar el derecho del socio minoritario.

Igual destino le corresponde a la segunda pues aunque se admitiera que el nombramiento llevado a cabo por el Registrador Mercantil en el ámbito del expediente iniciado a instancia de la minoría no pueda acceder al folio de la sociedad *(vide* inciso final del art. 378.1 del Reglamento del Registro Mercantil sobre asiento ordenado por la autoridad administrativa), no por ello se deja de garantizar el cumplimiento de la previsión del artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital. Como resulta del artículo 358.2 del Reglamento del Registro Mercantil aceptado el nombramiento por el auditor designado, se inscribe en el libro de nombramientos de expertos y auditores, libro que forma parte del Registro Mercantil *(vide* art. 23 del Reglamento del Registro Mercantil), y que en consecuencia sirve de base a la calificación del registrador (art. 18 del Código de Comercio).

Por último es igualmente inadmisible la afirmación de que la mera existencia del nombramiento de un auditor por parte de la sociedad garantice el derecho del socio una vez que se lleve a cabo la formulación de las cuentas anuales del ejercicio 2014. En primer lugar porque como, resulta por extenso de las consideraciones anteriores, es preciso o bien que conste la existencia o entrega del informe de verificación (circunstancia imposible en el expediente que nos ocupa según resulta de los hechos), o bien que se haya inscrito en el Registro Mercantil como exige la doctrina de este Centro Directivo y ahora inequívocamente el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital. En segundo lugar porque no es aceptable confundir el derecho a la verificación contable con el derecho de información del socio. 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. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, independientemente de si ejercieron previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o si, por cualquier otra circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador, tuvieron acceso a la contabilidad

social *(vide* arts. 196 y 197 en relación con los arts. 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 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).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada de fecha 15 de octubre de 2015 en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora Mercantil de Jaén.

Resolución de 8 de febrero de 2016

En el expediente 156/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Centro de Rehabilitación Dental, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito de fecha 23 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 26 inmediato posterior, 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

«Centro de Rehabilitación Dental, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad aprobó en Junta General de 21 de abril de 2014, en la notaria de don ….., el nombramiento de auditor para los ejercicios 2013 a 2017. Que dicha entidad ha aceptado el encargo estando pendiente de inscripción en el Registro Mercantil como resulta de copia de la escritura autorizada por el notario citado el día 10 de abril de 2015 de la que resulta certificación del acuerdo de la Junta citado así como la aceptación de la entidad auditoría designada. 2.º Que la entidad de auditoría ya ha comenzado sus trabajos garantizándose el derecho del socio al informe de auditoría que en su día se emita. Que actualmente se está finalizando la auditoría del ejercicio 2013 como en su día se terminó la del ejercicio 2012 por el auditor designado entonces por el Registro Mercantil a instancia del mismo socio ahora solicitante.

III

Trasladado el escrito de oposición al instante este presento escrito de alegaciones en el que afirma: 1.º Que la designación del auditor voluntario es posterior a la solicitud hecha el día 26 de marzo pues como resulta de la copia del documento aportado el nombramiento del auditor se hace en ese mismo acto. 2.º Que el hecho de que la sociedad de auditoría haya comenzado sus trabajos o que estén finalizados o a punto de finalizar los relativos a los ejercicios 2012 y 2013 en nada a afectan a la solicitud para el ejercicio 2014.

IV

El Registrador Mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 25 de noviembre de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y rechazar nombramiento del auditor solicitado habida cuenta de que la sociedad ha reabierto el folio cerrado y ha inscrito el nombramiento de auditor acordado en su Junta General de fecha 21 de abril de 2014; inscripción que se practicó el día 29 de octubre de 2015.

V

Don ….., por escrito de fecha 16 de diciembre de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos añadiendo que no es hasta el 28 de octubre de 2015 que se produce la inscripción del auditor de cuentas pues no es hasta dicha fecha que se aprueban las cuentas del ejercicio 2013 sin que se tenga noticias de las relativas al ejercicio 2014. Que la actitud de la sociedad lejos de facilitar el acceso a la información al socio minoritario ha retrasado continuamente el ejercicio de los derechos reconocidos por la Ley. Que no se puede comprender cómo la inscripción ahora realizada garantiza el derecho del socio minoritario cuando ni las cuentas de 2014 están formuladas ni se ha convocado Junta para su aprobación. Que la resolución impugnada es contraria a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de auditores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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 así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar porque se dan las circunstancias necesarias para que quede garantizado el interés del socio minoritario a que se verifiquen por auditor de cuentas las correspondientes al ejercicio 2014.

Esta Dirección tiene una muy asentada doctrina que afirma (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo, 17 de junio de 2014 y 14 de mayo y 27 de julio de 2015 entre otras muchas), 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 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, 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. Consecuentemente, de existir designado un auditor por parte de la sociedad el interés protegible del socio está salvaguardado.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y

del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que «dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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.

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas solo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil».

2. En el supuesto que da lugar a la presente se solicita por parte de la sociedad, con posterioridad a la presentación de la instancia, la inscripción del nombramiento de auditor en virtud de un acuerdo adoptado con anterioridad. La inscripción se lleva a cabo y el auditor voluntario es inscrito en el Registro Mercantil.

Resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 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).

Es cierto que la solicitud de inscripción de la auditoría ha sido posterior a la presentación de la instancia como resulta del escrito de oposición y del escrito de recurso pero si tenemos en cuenta: a) que el interés protegible ha sido debi-

damente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento anterior del auditor nombrado por la sociedad; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho del solicitante, circunstancia que en cualquier caso debe ser objeto de pretensión ante los Tribunales de Justicia; c) que resulta innecesario y económicamente injustificable el nombramiento de un auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el realizado por un profesional cuyo ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad; d) que cualquier desviación de la anterior conducta debe ser puesta en conocimiento de la administración competente por el interesado para que adopte las medidas previstas en el ordenamiento; e) que como ha puesto de relieve esta Dirección General *(vide* Resoluciones de 11 de marzo y 30 de julio de 2014), la objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. f) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. Si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

3. El hecho de que las cuentas del ejercicio 2014 no hayan sido presentadas todavía a la aprobación de la Junta General, circunstancia que enfatiza el escrito de recurso, no altera en nada la garantía que para el socio minoritario implica la inscripción de la designación del auditor nombrado en el Registro Mercantil por cuanto, como queda reiterado, el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital impide el depósito de las cuentas que en su día se formulen y se aprueben sino van acompañadas del pertinente informe de verificación llevado a cabo por el auditor designado.

Tampoco puede enervar la situación descrita las afirmaciones que el escrito de recurso contiene en relación a la actitud de la sociedad y que, a su juicio, son impeditivas del ejercicio de sus derechos que como socio le corresponden. Si la parte recurrente considera que la actuación de la sociedad incurre en fraude de Ley, en abuso de Derecho o entiende que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa *(vide* arts. 9 y 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en relación al art. 236 de la Ley de Sociedades de Capital), sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle. Lo que no puede pretender es que esta Dirección General asuma la defensa de su posición jurídica en un procedimiento, como el presente, limitado tanto por su materia como por sus medios de conocimiento.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla núm. III, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 25 de noviembre de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla III.

Resolución de 16 de marzo de 2016

En el expediente 3/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bufete Rodríguez de Bujón S. L. P.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 4 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día 4, en el que solicitó, al amparo del 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 «Bufete Rodríguez de Bujón, S.L.P.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Por medio de escrito de fecha 11 de enero de 2016, subsanado y corregido por otro de igual fecha, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando:

1.º Que respecto a la solicitud de auditoría del ejercicio 2015 era extemporánea al haber transcurrido el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio social, puesto que a sociedad quedó disuelta en la Junta de fecha 13 de julio de 2015, con lo que entiende que el ejercicio se cerró en esa fecha.

2.º Que la sociedad se encuentra en imposibilidad de remunerar al auditor dado que el motivo de la disolución son las pérdidas de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Madrid XII, don Adolfo García Ferreiro dictó resolución en fecha 29 de enero de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., como liquidador de la sociedad, por escrito de fecha 11 de febrero de 2016, que tuvo entrada el día 12 del mismo mes en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos:

1.º Que respecto a la solicitud de auditoría del ejercicio 2015 es extemporánea al haber transcurrido el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio social, puesto que la sociedad quedó disuelta en la Junta de fecha 13 de julio de 2015, con lo que entiende que el ejercicio se cerró en esa fecha.

2.º Que la sociedad se encuentra en imposibilidad de remunerar al auditor dado que el motivo de la disolución son las pérdidas de la sociedad.

3.º Que la petición carece de sentido pues la solicitante estuvo presente en la Junta y declinó expresamente la petición de nombramiento de auditor y le fueron mostradas las cuentas anuales hasta junio de 2015, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 87, 89, 107 y 113 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 así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar porque ninguno de los motivos contenidos en el escrito de recurso pueden desvirtuar el contenido de la resolución del Registrador Mercantil de Madrid.

En relación al primer motivo de recurso porque el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital exige dos requisitos para que pueda prosperar, como regla general, la petición: que el peticionario sea titular de al menos el cinco por ciento de las participaciones o acciones en que se divide el capital y que la instancia requiriendo la designación de auditor para la verificación contable del ejercicio anterior se presente antes de que transcurran tres meses contados desde el cierre del ejercicio social.

En el presente expediente la presentación de la instancia firmada por el socio se lleva a cabo dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social respecto del que se puede solicitar designación de auditor, no siendo suficiente el argumento de encontrarse la sociedad disuelta con fecha 13 de junio de 2015, pues en este estado de disolución la sociedad se encuentra sin liquidar y no extinguida, lo que no impide el derecho del socio a la solicitar el nombramiento de auditor, según reiterada doctrina de este Centro Directivo; resultando del expediente, además, que el ejercicio social coincide con el año natural y que la petición se formula y presenta el día 4 de enero de 2016, y siendo esta legítima y tempestiva no procede sino la desestimación del motivo de recurso.

En concreto, es doctrina reiterada de esta Dirección que, de la regulación legal sobre las sociedades en estado de liquidación (arts. 371 y 375 de la Ley de Sociedades de Capital), se deriva, sin asomo de duda, que los órganos sociales se rigen por las reglas anteriores a la disolución de la sociedad a salvo las especialidades contempladas para el periodo de liquidación. Es por tanto regla general en sede de sociedad en liquidación y por cuanto se refiere a sus órganos de decisión, gestión y representación la aplicación de las normas aplicables al período anterior a la disolución y apertura de la liquidación sin perjuicio de la aplicación preferente de las normas especiales que la propia Ley contiene para dicho período.

De lo anterior se sigue que en las sociedades en liquidación, el órgano de administración, los liquidadores, están obligados a formular las cuentas anuales (art. 253 en relación con el 386), a convocar junta para su aprobación (art. 164 en relación con el 166 del Texto Refundido), así como a presentarlas en el Registro Mercantil para su depósito de conformidad con las reglas generales (art. 279).

En consecuencia, durante el periodo de liquidación no hay alteración ni de la obligación de formular cuentas ni de la posibilidad de solicitar el nombramiento de auditor para su verificación contable. Así lo ha afirmado este Centro Directivo en Resoluciones como las de 8 de noviembre de 2000, 8 de julio de 2005, 3 de mayo de 2006 o 18 de noviembre de 2013, entre otras.

2. Igual destino le corresponde al segundo motivo de recurso, relativo a que la sociedad se encuentra en imposibilidad de remunerar al auditor dado que la causa de la disolución son las pérdidas de la sociedad, ya que los costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero de 2014 entre las más recientes), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación por lo que, con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

3. Finalmente, por lo que se refiere al tercer motivo de impugnación, merece igual suerte desestimatoria.

El hecho de que el administrador de la sociedad haya sometido las cuentas a aprobación social y de que estas hayan sido aprobadas no priva al socio del derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, aunque dicho socio haya asistido a la citada Junta.

Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable, o determinar si la conoce o no, o si puede o no ejercer su derecho de voto en un sentido o en otro en la junta general ordinaria, sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 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). Ni siquiera el hecho, en su caso, de haber votado a favor de la aprobación de las cuentas anuales le privaría del derecho a solicitar su verificación contable.

Tampoco cabe afirmar que existe una renuncia tácita de la pretensión del solicitante. En primer lugar porque, como queda dicho, se trata de ejercitar derechos distintos sin que el ejercicio de uno implique la renuncia al ejercicio de otro. En segundo lugar porque la renuncia a un derecho si bien no precisa de una declaración de voluntad expresa sí que precisa, al menos, la acreditación de que la voluntad del titular sea precisamente la de renunciar al derecho. En tercer lugar, porque no existe en el expediente atisbo alguno de que quien ejerciera en su día el derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital haya desistido de su pretensión de conformidad con la previsión del artículo 87 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre *(vid,* por todas, Resolución de 31 de enero de 2014).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid XII, don Adolfo García Ferreiro de fecha 29 de enero de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 marzo de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid XII.

Resolución de 1 de abril de 2016 (1.ª)

En el expediente 16/2016 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Armor Acquisition, S.L.».

Por escrito de fecha 14 de marzo de 2016 (con entrada en este Ministerio el día 16 del mismo mes y año, el Registrador Mercantil de Madrid IV, remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado escrito de don ….. y doña ….., quienes actúan en representación de la sociedad «Armor Acquisition, S.L.», en su calidad de Presidente y Secretario, por el que solicitan al amparo de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil el nombramiento como auditor de cuentas de la empresa «KPMG Auditores, S.L.», a fin de llevar a cabo la realización del informe de verificación correspondiente al ejercicio 2013.

El solicitante considera de aplicación los preceptos citados en base a las siguientes circunstancias:

1.º Se trata de una sociedad que está obligada a verificación y que hasta el 5 de septiembre de 2014 tenía su domicilio social en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, fecha en la que se inscribió su traslado al Registro Mercantil de Madrid.

2.º Como consecuencia de ese traslado la Sociedad no tenía nombrado auditor en España para las cuentas del ejercicio 2013 por lo que al presentar dichas cuentas al Registro Mercantil de Madrid éste denegó su inscripción.

3.º La sociedad en su anterior domicilio social tenía nombrado como auditor a KPMG, y para los ejercicios 2014, 2015 y 2016 ya trasladado su domicilio social a España tiene nombrado también a la entidad «KPMG Auditores, S.L.».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, artículos 263, 264 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 355 y 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

El artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil regula la designación excepcional de auditor para la verificación contable de las cuentas de una sociedad soslayando el procedimiento ordinario regulado en el artículo 350 y siguientes del mismo reglamento. Dicho precepto confiere a esta Dirección General de los Registros y del Notariado la facultad discrecional de valorar si las circunstancias alegadas en cada caso revisten o no el carácter de especiales justificando la postergación del procedimiento ordinario. De lo anterior no resulta sin embargo que esta Dirección General no deba motivar debidamente las razones de su decisión.

El artículo 356 se refiere en un primer momento y de forma genérica a la concurrencia de circunstancias especiales sin mayor determinación de lo que deba entenderse al respecto. La inteligencia del precepto sobre lo que son «circunstancias especiales» no es por tanto lo clara que hubiera sido deseable

a fin de proporcionar un criterio sobre qué supuestos deben caer bajo su regulación. Sin embargo, esta aparente falta de claridad viene sobradamente compensada por el propio artículo si tenemos en cuenta:

a) Que considera supuesto de excepción el hecho de que la sociedad haya depositado cuentas del ejercicio anterior en las que la cuenta de pérdidas y ganancias no haya sido abreviada. El artículo 258 de la Ley de Sociedades de Capital determina a contrario que las sociedades están obligadas a formular cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada si reúnen al menos dos de las circunstancias siguientes: «a) Que el total de las partidas de activo supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a doscientos cincuenta».

b) Que a continuación considera supuesto de excepción que la sociedad estuviera obligada a formular cuentas e informe de gestión consolidados lo que ocurrirá, de acuerdo con los artículos 42 y 43 del Código de Comercio cuando: la sociedad matriz deba presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada en los términos vistos o cuando la matriz o una de las filiales haya emitido valores admitidos a un mercado secundario oficial o cuando la sociedad matriz forme parte a su vez de un grupo mayor y se den determinadas circunstancias.

c) Que a continuación el número 2 del propio artículo 356 señala que los auditores que pueden designarse deben superar determinada capacidad en función del número de profesionales a su servicio y del volumen de horas facturadas.

De lo anterior cabe concluir que el Reglamento del Registro Mercantil solo considera que procede nombramiento de auditor fuera del procedimiento ordinario cuando el volumen y el movimiento económico de la sociedad son reveladores de un tamaño que justifica que las labores de auditoría sean llevados a cabo por una firma de auditoría que tenga capacidad suficiente para hacerse frente de semejante labor. De aquí se sigue que las otras «circunstancias especiales» a que se refiere el primer inciso del artículo 356.1 deben comprender aquellas otras que por derivar del volumen económico de la sociedad justifiquen el nombramiento de un auditor igualmente especial aun cuando no se ajusten exactamente a las previsiones de las letras a y b anteriormente señaladas.

2. A la luz de las consideraciones anteriores resulta con claridad que del escrito de solicitud y en los términos que el mismo se expresa no resulta circunstancia especial alguna que justifique la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor, ni por volumen y movimiento económico de la sociedad ni por otras circunstancias especiales según se ha expuesto, por lo que:

En su virtud, esta Dirección General resuelve:

1.º No haber lugar a la aplicación del procedimiento excepcional previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil por cuanto no concurre ninguna causa especial que así lo imponga.

2.º Ordenar al Registrador Mercantil de Madrid IV, proceda al nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad «Armor Acquisition, S.L.» por el procedimiento ordinario, previsto y regulado en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar la solicitud formulada ante esta Dirección General y que se resuelva en los términos anteriores.

Madrid, 1 de abril de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 1 de abril de 2016 (2.ª)

En el expediente 17/2016 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Juncadella Prosegur Internacional, S.A.».

Por escrito de fecha 14 de marzo de 2016 (con entrada en este Ministerio el día 16 del mismo mes y año, el Registrador Mercantil de Madrid XI, remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado escrito de don ….., y doña ….., quienes actúan en representación de la sociedad «Juncadella Prosegur Internacional, S.A.», en su calidad de Presidente y Secretario, por el que solicitan al amparo de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil el nombramiento como auditor de cuentas de la empresa «KPMG Auditores, S.L.», a fin de llevar a cabo la realización del informe de verificación correspondiente al ejercicio 2013.

El solicitante considera de aplicación los preceptos citados en base a las siguientes circunstancias:

1.º Se trata de una sociedad que está obligada a verificación y que hasta el 1 de septiembre de 2014 tenía su domicilio social en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, fecha en la que se inscribió su traslado al Registro Mercantil de Madrid.

2.º Como consecuencia de ese traslado la Sociedad no tenía nombrado auditor en España para las cuentas del ejercicio 2013 por lo que al presentar dichas cuentas al Registro Mercantil de Madrid éste denegó su inscripción.

3.º La sociedad en su anterior domicilio social tenía nombrado como auditor a KPMG, y para los ejercicios 2014, 2015 y 2016 ya trasladado su domicilio social a España tiene nombrado también a la entidad «KPMG Auditores, S.L.».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, artículos 263, 264 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 355 y 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

El artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil regula la designación excepcional de auditor para la verificación contable de las cuentas de una sociedad soslayando el procedimiento ordinario regulado en el artículo 350 y siguientes del mismo reglamento. Dicho precepto confiere a esta Dirección General de los Registros y del Notariado la facultad discrecional de valorar si las circunstancias alegadas en cada caso revisten o no el carácter de especiales justificando la postergación del procedimiento ordinario. De lo anterior no resulta sin embargo que esta Dirección General no deba motivar debidamente las razones de su decisión.

El artículo 356 se refiere en un primer momento y de forma genérica a la concurrencia de circunstancias especiales sin mayor determinación de lo que deba entenderse al respecto. La inteligencia del precepto sobre lo que son «circunstancias especiales» no es por tanto lo clara que hubiera sido deseable a fin de proporcionar un criterio sobre qué supuestos deben caer bajo su regulación. Sin embargo, esta aparente falta de claridad viene sobradamente compensada por el propio artículo si tenemos en cuenta:

a) Que considera supuesto de excepción el hecho de que la sociedad haya depositado cuentas del ejercicio anterior en las que la cuenta de pérdidas y ganancias no haya sido abreviada. El artículo 258 de la Ley de Sociedades de Capital determina a contrario que las sociedades están obligadas a formular cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada si reúnen al menos dos de las circunstancias siguientes: «a) Que el total de las partidas de activo supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a doscientos cincuenta».

b) Que a continuación considera supuesto de excepción que la sociedad estuviera obligada a formular cuentas e informe de gestión consolidados lo que ocurrirá, de acuerdo con los artículos 42 y 43 del Código de Comercio cuando: la sociedad matriz deba presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada en los términos vistos o cuando la matriz o una de las filiales haya emitido valores admitidos a un mercado secundario oficial o cuando la sociedad matriz forme parte a su vez de un grupo mayor y se den determinadas circunstancias.

c) Que a continuación el número 2 del propio artículo 356 señala que los auditores que pueden designarse deben superar determinada capacidad en función del número de profesionales a su servicio y del volumen de horas facturadas.

De lo anterior cabe concluir que el Reglamento del Registro Mercantil solo considera que procede nombramiento de auditor fuera del procedimiento ordinario cuando el volumen y el movimiento económico de la sociedad son reveladores de un tamaño que justifica que las labores de auditoría sean llevados a cabo por una firma de auditoría que tenga capacidad suficiente para hacerse frente de semejante labor. De aquí se sigue que las otras «circunstancias especiales» a que se refiere el primer inciso del artículo 356.1 deben comprender aquellas otras que por derivar del volumen económico de la sociedad justifiquen el nombramiento de un auditor igualmente especial aun cuando no se ajusten exactamente a las previsiones de las letras a y b anteriormente señaladas.

2. A la luz de las consideraciones anteriores resulta con claridad que del escrito de solicitud y en los términos que el mismo se expresa no resulta circunstancia especial alguna que justifique la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor, ni por volumen y movimiento económico de la sociedad ni por otras circunstancias especiales según se ha expuesto, por lo que:

En su virtud, esta Dirección General resuelve:

1.º No haber lugar a la aplicación del procedimiento excepcional previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil por cuanto no concurre ninguna causa especial que así lo imponga.

2.º Ordenar al Registrador Mercantil de Madrid XI, proceda al nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad «Juncadella Prosegur Internacional, S.A.», por el procedimiento ordinario, previsto y regulado en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar la solicitud formulada ante esta Dirección General y que se resuelva en los términos anteriores.

Madrid, 1 de abril de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid XI.

Resolución de 18 de abril de 2016

En el expediente 12/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un acreedor pignoraticio de la mercantil «Valeriana de Inversiones, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., por medio de escrito de fecha 27 de diciembre de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid VII, en el que tuvo su entrada el día 30, solicita nombramiento de auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, en su condición de titular de derecho de prenda.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del solicitante por medio de escrito de fecha 1 de febrero de 2016 alegando:

1.º Que la solicitante carece de legitimación por no ser titular de participaciones de la sociedad.

2.º Que la solicitante es titular exclusivamente de los derechos de voto correspondiente a un determinado número de participaciones sociales y solamente mientras mantenga la cualidad de acreedor pignoraticio.

III

El Registrador Mercantil de Madrid VII, don Mariano Álvarez Pérez requirió a la solicitante doña ….., para que aportase al expediente los documentos acreditativos de su legitimación, requerimiento frente al que la solicitante interpone directamente recurso de alzada ante esta Dirección por escrito de fecha 20 de enero de 2016, en el que, reiterando los argumentos de su escrito inicial, efectuó las alegaciones que estimó pertinentes.

IV

El Registrador Mercantil de Madrid VII, don Mariano Álvarez Pérez, dictó resolución en fecha 8 de febrero de 2016 por la que acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2015 formulada por doña …..

V

Doña ….., por escrito de fecha 3 de marzo de 2016, que tuvo entrada el día 4 del mismo mes en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito inicial y añadiendo, en esencia, los siguientes:

1. Que es titular de derechos de socio, en concreto, de los derechos de voto de determinadas participaciones sociales en virtud de escritura de reconocimiento de deuda y constitución de prenda a su favor.

2. Que con arreglo a lo anterior, entiende que el derecho de información está vinculado instrumentalmente al derecho de voto.

3. Que el derecho de voto integra, como instrumental el derecho de información, y este a su vez, el de auditoría, y que, por lo tanto, la recurrente titulariza, por la concesión del derecho de voto, la titularidad del derecho de solicitud de auditoría ex artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 4 de marzo de 1981, 10 de septiembre de 1982, 26 de octubre de 1989.

El recurso contra la resolución del Registrador Mercantil de Madrid VII plantea la cuestión de si el titular de derecho de prenda tiene legitimación para solicitar el nombramiento de auditor.

Como resulta del expediente, las participaciones en cuestión se hallan pignoradas, posibilidad que contempla el artículo 132 de la Ley de Sociedades de Capital. Dicho precepto contiene una regulación parca de este derecho pues se limita a precisar a quien corresponde el ejercicio de los derechos de socio y remite a la aplicación de las normas sobre transmisión forzosa de participaciones en caso de ejecución del derecho de prenda, y al igual que ocurre en sede de usufructo, el precepto ordena principalmente las relaciones entre el socio y el acreedor pignoraticio con la sociedad.

Debe señalarse que la existencia de un derecho de prenda sobre las participaciones de una sociedad mercantil da lugar a que el estatus jurídico de propietario de la participación y acreedor pignoraticio se vea afectado por la presencia de una tercera persona, la propia sociedad, lo que da lugar a una complejidad de relaciones en las que cabe distinguir un doble ámbito: a) el de las llamadas relaciones externas, las que se refieren al ejercicio frente a la sociedad de los derechos de socio, que por comprometer el desenvolvimiento de la sociedad pueden ser reguladas en sus Estatutos dentro del margen de autonomía que para ello les confiere la Ley, estableciendo al efecto un régimen que prevalecerá sobre cualesquiera previsiones que en torno a ella pudiera contener el título constitutivo de la prenda; y b) y frente a él, el de las relaciones internas entre el acreedor prendario y el socio pignorante, que estarán sujetas a lo que sobre el particular establezca ese título constitutivo o resulte de la legislación que le sea aplicable y que, como algo totalmente ajeno a los intereses sociales, queda al margen de la autonomía normativa de los Estatutos.

Centrándonos en las relaciones externas y en base a una interpretación literal del artículo 132 de la Ley de Sociedades de Capital, debe sostenerse que el ejercicio del derecho de auditoría corresponde al propietario de la participa-

ción, salvo disposición contraria de los estatutos; es decir, el derecho de auditoría debe incluirse en la regla general de que el ejercicio de los derechos del partícipe corresponde al propietario, pudiéndose atribuir solamente como excepción al acreedor pignoraticio, mediante disposición expresa en los estatutos. De este modo se simplifican enormemente las relaciones entre socio y acreedor pignoraticio con la sociedad, si bien el título constitutivo de la prenda constituye la primera fuente a tener en cuenta a la hora de conocer el contenido y extensión concreta de los derechos y obligaciones del acreedor pignoraticio y del pignorante en el ámbito de sus relaciones internas, la sociedad puede ignorar, al serle inoponibles, los pactos expresos derivados del título constitutivo cuando contradigan lo determinado en los estatutos (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1987). La configuración del derecho real debe adecuarse a las previsiones estatutarias o legales supletorias, de modo que la legitimación formal que éstas entrañan quede debidamente coordinada con la relación jurídico-sustantiva a cuyo desenvolvimiento atiende, más si no ocurre así y existieren discrepancias, frente a la sociedad habrá de mantenerse la eficacia de la actuación realizada por quien estatutariamente aparece legitimado, aún cuando sustantivamente carezca de poder o facultad para ello, pero sin perjuicio de las repercusiones que en el ámbito interno puedan derivarse (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1989). Los estatutos pueden atribuir la legitimación a uno o a otro sin limitación alguna, no habiendo derechos exclusivos o excluyentes del socio (en este sentido puede verse la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 10 de septiembre de 1982), y no permitiéndose que los estatutos se remitan en cuanto al ejercicio de los derechos (relaciones externas) a lo que determine en cada momento el título constitutivo de la prenda (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de marzo de 1981).

En consecuencia, de no existir previsión estatutaria específica, el ejercicio de la totalidad de los derechos del socio corresponde al pignorante entre los cuales estarán los derechos políticos y económicos entre los que se encuentra el derecho a solicitar el nombramiento de auditor. En el caso que nos ocupa, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.º bis de los Estatutos de la sociedad, quien tendrá derecho al ejercicio de los derechos inherentes al socio, entre los que se encuentra el derecho del socio minoritario a solicitar el nombramiento de Auditor de Cuentas al Registrador Mercantil, será el propietario, condición ésta que no concurre en la recurrente.

En definitiva, debe concluirse que doña ….. no se halla legitimada para solicitar el nombramiento de auditor, procediendo en consecuencia la desestimación del recurso.

De conformidad con las consideraciones anteriores esta Dirección General resuelve lo siguiente:

Desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid VII, don Mariano Álvarez Pérez de fecha 8 de febrero de 2016, en

el sentido de que no procede la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital formulada por doña ….. para la verificación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 de la sociedad «Valeriana de Inversiones 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, 18 de abril de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid VII.

Resolución de 19 de abril de 2016

En el expediente 107/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Góndolas in Design, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Góndolas in Design, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

Llevados a cabo los trámites establecidos en el Reglamento del Registro Mercantil el Registrador Mercantil de Madrid núm. 10, don Jesús González y Salinas dictó resolución en fecha 27 de abril de 2015 por la que acordó admitir la oposición de la sociedad y rechazar el nombramiento del auditor solicitado habida cuenta de que la auditoría solicitada ya había sido llevada a efecto y el correspondiente informe se había incorporado al expediente.

III

Interpuesto recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado recayó resolución de fecha 10 de julio de 2015 por la que se acordó su desestimación confirmando la resolución a que hace referencia el apartado anterior. Al pie de la resolución de esta Dirección se hizo constar lo siguiente: «Lo que con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

IV

Interpuesta reclamación administrativa previa recayó resolución desestimatoria de fecha 10 de diciembre de 2015 por parte de la subsecretaría del Ministerio de Justicia.

V

Por escrito dirigido al Ministro de Justicia de fecha 21 de marzo de 2016 que tiene su entrada en el Registro General del Ministerio de Justicia el día 29 inmediato posterior (si bien con sello de imposición de correos en fecha 22 de marzo), don ….., actuando en representación de don ….., pone en conocimiento del Ministerio que se ha presentado en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Madrid denuncia por comisión de delitos de falsedad documental en relación a la carta de encargo de fecha 14 de diciembre de 2014 que fue presentada por la administración de la sociedad Góndolas in Design, S. L. en el trámite de oposición del procedimiento de solicitud de designación de auditor.

Como consecuencia y mientras se tramita el procedimiento penal se solicita la suspensión del expediente por prejudicialidad penal «…en la medida que la declaración de falsedad de la carta de encargo de 14 de noviembre de 2014 es un hecho determinante para pronunciarse sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos en la legislación mercantil para proceder al nombramiento de auditor de cuentas…».

El escrito acompaña copia de la denuncia presentada en el Juzgado así como copia del auto de 3 de marzo de 2016 dictado por el Magistrado-Juez don Pedro López Jiménez por el que se acuerda la incoación de diligencias previas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 94, 107, 108, 109, 111, 113, 118 y 119 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las sentencias de la Sala tercera del Tribunal Supremo citadas en el texto.

1. La adecuada resolución de la solicitud a que se refiere el escrito presentado en el Registro General del Ministerio exige llevar a cabo las siguientes precisiones habida cuenta de que el referido escrito en ningún momento determina los fundamentos de derecho en que se basa la petición de suspensión:

a) La resolución de esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 10 de julio de 2015 relativa a la solicitud de designación de auditor a instancia de la minoría (art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), puso fin a la vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

b) La resolución de esta Dirección de fecha 10 de julio de 2015 es ejecutiva desde su fecha de conformidad con lo establecido en el artículo 94 de la misma Ley procedimental.

c) La suspensión de su ejecutividad no se detiene por la interposición de recurso a salvo lo dispuesto en el artículo 111.2 de la reiterada Ley para el caso de que sea objeto de solicitud o así sea apreciado de oficio.

2. De las anteriores consideraciones resulta con claridad que solo procede, en su caso, la solicitud de suspensión de un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa si contra el mismo existe interpuesto recurso, lo que exige calificar el escrito que ha sido presentado ante este Ministerio de Justicia.

Aunque el escrito presentado no se refiere en ningún momento a la circunstancia de que se trate de un recurso contra la resolución de esta Dirección General dicha circunstancia no impide darle el tratamiento procedimental oportuno como reconoce el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

La afirmación anterior conlleva determinar ante qué tipo de recurso nos encontramos habida cuenta de que la Ley solo permite el potestativo de reposición y el extraordinario de revisión contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa (arts. 116 y 118 de la Ley de Procedimiento Administrativo). Dado que el escrito afirma la existencia de hechos nuevos que pueden afectar al contenido de la resolución así como acompaña los documentos en que se basa dicha afirmación la calificación que procede es la del recurso extraordinario de revisión, lo que a su vez plantea la competencia para su resolución y si procede o no su admisión de conformidad con la previsión del artículo 118 de la reiterada Ley de Procedimiento.

3. Dispone el artículo 118 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común lo siguiente: «1. Contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución, cuando concurra alguna de las

circunstancias siguientes: 1.ª Que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente. 2.ª Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida. 3.ª Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución. 4.ª Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme. 2. El recurso extraordinario de revisión se interpondrá, cuando se trate de la causa 1.ª, dentro del plazo de cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada. En los demás casos, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme. 3. Lo establecido en el presente artículo no perjudica el derecho de los interesados a formular la solicitud y la instancia a que se refieren los artículos 102 y 105.2 de la presente Ley ni su derecho a que las mismas se sustancien y resuelvan».

Del precepto relacionado resulta de interés para el procedimiento a que se refiere la presente:

a) Competencia de esta Dirección General. Aunque el escrito va dirigido al Ministro de Justicia la competencia para instruir y resolver el recurso extraordinario de revisión es competencia de esta Dirección por ser la que dictó la resolución cuya suspensión se solicita.

b) Inadmisión a trámite. Basándose el escrito que solicita la suspensión en el hecho de haberse denunciado falsedad documental ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de los de Madrid y haberse acordado por este la incoación de diligencias previas, no procede la tramitación del recurso pues como resulta con absoluta claridad del precepto transcrito para que así sea es preciso que exista «sentencia judicial firme».

Como ha puesto de relieve la sala tercera de nuestro Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones: « Ante todo procede recordar que, como hemos señalado en sentencias de 31 de octubre de 2006 (RJ 2006, 7712) (casación 3287/2003) y 16 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1844) (casación 1093/2002), reiterando lo declarado en sentencia de 26 de abril de 2004 (RJ 2004, 2822) (casación 2259/2000, fundamento jurídico cuarto), «....el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 118 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de 26 de noviembre, es un recurso excepcional que, aparte de una interpretación estricta de los motivos invocados –solo los enumerados en dicho precepto–, impide examinar cuestiones que debieron invocarse en la vía de los recursos ordinarios o en el jurisdiccional contra el acto que puso fin a la vía administrativa, pues lo contrario atentaría contra la seguridad jurídica, dejando en suspenso sine die la firmeza de los actos administrativos, a la vez que permitiría soslayar la vía de los recursos ordinarios, por lo que no cabe la

admisión de argumento alguno de los contenidos en la demanda que suponga el examen, más allá de los motivos específicos invocados en el recurso extraordinario, de la concurrencia de otras posibles circunstancias que pudieran afectar a la situación de los recurrentes en este tipo de recursos».

3. Sin perjuicio de lo anterior esta Dirección General considera oportuno poner de manifiesto que en ningún caso procedería la suspensión del acto impugnado habida cuenta de que no se da ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 111.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

No existe perjuicio de «imposible o difícil reparación». Como resulta de la resolución de 10 de julio de 2015 se acompañó el informe de auditoría llevado a cabo por la firma designada y referido al ejercicio 2014. De este modo el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger fue debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, fue debidamente cumplimentado (art. 1.3 de la 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 definitiva que la pretensión del socio minoritario fue atendida como reconoció la resolución impugnada por lo que no puede existir perjuicio posible en su ejecución; bien al contrario su suspensión implicaría la frustración de la solicitud en su día llevada a cabo por el ahora recurrente.

Es importante destacar que, como pusiera de manifiesto la resolución de esta Dirección de fecha 10 de julio de 2015, 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, criterio este que ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de marzo de 2007. No resulta del expediente que el ahora recurrente haya puesto en duda en momento alguno que el informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2014 haya sido llevado a cabo con violación de las obligaciones de objetividad, independencia y objetividad que al auditor impone su Ley reguladora; tampoco resulta que haya interpuesto ante la autoridad competente (Instituto de Contabilidad y de Auditoría de Cuentas), denuncia alguna al respecto pues ha basado su impugnación en el exclusivo motivo de poner en cuestión la fecha de la carta de encargo de 14 de noviembre de 2014, circunstancia esta que por sí sola no empeña la validez del informe del auditor llevado a cabo (y sin perjuicio de las consecuencias de índole penal que pudieran derivarse en su caso).

Tampoco existe causa de nulidad de las previstas en el artículo 62 de la Ley de Procedimiento ni ha sido alegada en ningún momento por el recurrente, que limita su petición en los términos en que se ha hecho constar más arriba.

En definitiva ni existe motivo de recurso de las legalmente tasadas ni existe causa de suspensión, por lo que no procede sino la inadmisión a trámite de la solicitud formulada.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso extraordinario de revisión así como la solicitud de suspensión del acto administrativo impugnado.

Lo que con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, al igual que la dictada al resolver el recurso de alzada, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid X.

Resolución de 26 de abril de 2016

En el expediente 43/2016 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Zed Worldwide, S.A.».

HECHOS

I

Por el Registro Mercantil de Madrid, se remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado un escrito firmado por don ….. quien actúa en representación de la sociedad «Zed Worldwide, S.A.», en su calidad Consejero Delegado de la entidad. Dicho escrito tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 31 de marzo de 2016 y en este Ministerio el día 19 de abril del mismo año.

II

En dicho escrito manifiesta, en esencia que:

1. Que la sociedad «Zed Worldwide, S.A.» es propietaria del 91,8% del «Zed Worldwide Holdings, S.L.» y esta a su vez es propietaria de más de 77 empresas en su mayoría con el 100% de participación en su defecto con mayoría en el accionariado.
2. Que la sociedad «Zed Worldwide Holdings, S.L.», también está obligada a la verificación de sus cuentas anuales individuales y del informe de gestión por auditor de cuentas.
3. Que por acuerdo de la Junta General Extraordinaria y Universal de Socios de la mercantil «Zed Worldwide Holdings, S.L.», de fecha 29 de diciembre de 2015, se nombró a la mercantil «Fisa Auditores, S.L.», como auditor de cuentas de los ejercicios 2015, 2016 y 2017, designación que fue aceptada y presentada en el Registro Mercantil el 22 de enero de 2016 a los efectos legales oportunos.
4. Que la sociedad «Fisa Auditores, S.L.», ha realizado la auditoría del ejercicio 2014 de la mercantil «Zed Worldwide Holdings, S.L.», y es por ello que tiene un conocimiento previo y profundo del Grupo, su estructura y sus particularidades.
5. Que por lo que respecta a la sociedad «Zed Worldwide, S.A.», habiendo finalizado el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2015 a auditar y no habiendo sido nombrado auditor de cuentas por la Junta, corresponde al registro mercantil el nombramiento de auditor para que con cargo a la sociedad efectúe la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2015.
6. Que teniendo las circunstancias expuestas, el hecho de que «Fisa Auditores, S.L.», hubiera auditado el ejercicio 2014 y haya sido nombrada para los ejercicios 2015, 2016 y 20147 y la duplicidad de costes de auditoría y de trabajos para los auditores, revisten la especialidad a que se refiere el artículo 356 RRM, para es una sociedad cotizada en el mercado continuo sujeta a la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y que ha finalizado el ejercicio 2014 sin que la Junta General de accionistas haya nombrado auditor para la verificación de las cuentas de la sociedad.
7. En virtud de todo lo anterior, solicita al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 356 del RRM que se lleve a cabo el nombramiento de auditor de cuentas para la verificación de las correspondientes al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2015, debiendo recaer este nombramiento en la entidad auditora «Fisa Auditores, S.L.».

III

El Registrador Mercantil de Madrid VII, don Mariano Álvarez Pérez, en su escrito de remisión del expediente a este Centro Directivo, hace constar, asimismo:

1. Que no figura inscrito como auditor de cuentas de «Zed Worldwide Holdings, S.A.», para los ejercicios 2015, 2016 y 2017 la mercantil «Fisa Auditores S.L.».
2. Que «si –*sic*– figura inscrita como auditora de cuentas de la sociedad la citada «Fisa Auditores, S.L.» para el ejercicio 2014, si bien lo fue en base a expediente tramitado por el registro mercantil de Madrid de conformidad con lo dispuesto en el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital.
3. En relación con la posible apreciación de la segunda de las excepciones que contempla el citado artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, las últimas cuentas de la sociedad se han presentado en formato abreviado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, artículos 263, 264 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 355 y 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

1. El artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil regula la designación excepcional de auditor para la verificación contable de las cuentas de una sociedad soslayando el procedimiento ordinario regulado en el artículo 350 y siguientes del mismo reglamento. Dicho precepto confiere a esta Dirección General de los Registros y del Notariado la facultad discrecional de valorar si las circunstancias alegadas en cada caso revisten o no el carácter de especiales justificando la postergación del procedimiento ordinario.

El artículo 356 se refiere en un primer momento y de forma genérica a la concurrencia de circunstancias especiales sin mayor determinación de lo que deba entenderse al respecto. La inteligencia del precepto sobre lo que son «circunstancias especiales» no es por tanto lo clara que hubiera sido deseable a fin de proporcionar un criterio sobre qué supuestos deben caer bajo su regulación. Sin embargo esta aparente falta de claridad viene sobradamente compensada por el propio artículo si tenemos en cuenta:

a) Que considera supuesto de excepción el hecho de que la sociedad haya depositado cuentas del ejercicio anterior en las que la cuenta de pérdidas y ganancias no haya sido abreviada. El artículo 258 de la Ley de Sociedades de Capital determina a contrario que las sociedades están obligadas a formular cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada si reúnen al menos dos de las circunstancias siguientes: «a) Que el total de las partidas de activo supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a doscientos cincuenta».

b) Que a continuación considera supuesto de excepción que la sociedad estuviera obligada a formular cuentas e informe de gestión consolidados lo que ocurrirá, de acuerdo con los artículos 42 y 43 del Código de Comercio cuando: la sociedad matriz o dominante deba presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada en los términos vistos o cuando la matriz o una de las filiales haya emitido valores admitidos a un mercado secundario oficial o cuando la sociedad matriz forme parte a su vez de un grupo mayor y se den determinadas circunstancias.

c) Que a continuación el número 2 del propio artículo 356 señala que los auditores que pueden designarse deben superar determinada capacidad en función del número de profesionales a su servicio y del volumen de horas facturadas.

De lo anterior cabe concluir que el Reglamento del Registro Mercantil solo considera que procede nombramiento de auditor fuera del procedimiento ordinario cuando el volumen y el movimiento económico de la sociedad son reveladores de un tamaño que justifica que las labores de auditoría sean llevados a cabo por una firma de auditoría que tenga capacidad suficiente para hacerse frente de semejante labor. De aquí se sigue que las otras «circunstancias especiales» a que se refiere el primer inciso del artículo 356.1 deben comprender aquellas otras que por derivar del volumen económico de la sociedad justifiquen el nombramiento de un auditor igualmente especial aun cuando no se ajusten exactamente a las previsiones de las letras a y b anteriormente señaladas.

A la luz de las consideraciones anteriores resulta con claridad que del escrito de solicitud y en los términos que el mismo se expresa, así como del contenido del escrito de remisión del Registro Mercantil de Madrid, según el cual no figura inscrito como auditor de cuentas de «Zed Worldwide Holdings, S.A.» para los ejercicios 2015, 2016 y 2017 la mercantil «Fisa Auditores, S.L.», que figura inscrita como auditora de cuentas de la sociedad la citada «Fisa Auditores, S.L.» para el ejercicio 2014, con arreglo a expediente tramitado por el registro mercantil de Madrid y que las últimas cuentas de la sociedad se han presentado en formato abreviado, no se aprecia circunstancia especial alguna que justifique la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor, ni por volumen y movimiento económico de la sociedad ni por otras circunstancias especiales según se ha expuesto, por lo que:

En su virtud, esta Dirección General resuelve:

1.º No haber lugar a la aplicación del procedimiento excepcional previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil por cuanto no concurre ninguna causa especial que así lo imponga.

2.º Ordenar al Registrador Mercantil de Madrid VII, proceda al nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad «Zed Worldwide, S.A.» por el procedimiento ordinario, previsto y regulado en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar la solicitud formulada ante esta Dirección General y que se resuelva en los términos anteriores.

Madrid, 26 de abril de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid VII.

Resolución de 4 de mayo de 2016 (1.ª)

En el expediente 5/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de don ….., y don ….. de la mercantil «Fuengirola Televisión, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….., por medio de escrito fechado el 22 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, en el que tuvo su entrada el día 20 de enero del mismo mes y año, solicitan nombramiento de auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, en su condición de concejales formantes del Grupo Municipal Ciudadanos Fuengirola representativos, según se manifiesta, del 8 % del capital social total de la mercantil en cuestión.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del solicitante por medio de escrito de fecha 3 de febrero de 2016 de doña ….., como Presidenta del Consejo de Administración, alegando no ser cierta la circunstancia de legitimación que invocan los solicitantes, al carecer de la condición de accionista que pide la Ley de Sociedades de Capital y el RRM.

III

La registradora mercantil de Málaga, doña ….., dictó resolución en fecha 9 de febrero de 2016 por la que acordó admitir la oposición y no proceder al nombramiento de Auditor solicitado para la revisión de las cuentas del ejercicio 2015, entendiendo que el derecho de auditoría que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital reconoce a los socios minoritarios, lo es, exclusivamente, a quienes sean titulares de acciones representativas de, al menos, el 5% del capital social de la compañía cuya auditoría pretenden; careciendo los solicitantes de legitimación activa al estar en presencia de una sociedad anónima unipersonal, cuyo único socio resultar ser el Ayuntamiento de Fuengirola, estando el capital social suscrito y desembolsado en su totalidad por el citado Ayuntamiento.

IV

Don ….. y don ….., por escrito de fecha 16 de febrero de 2016, que tuvo su entrada en el Registro General del Ministerio de Justicia el día 17 del mismo mes y año, interpusieron recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito inicial de solicitud y añadiendo, en esencia, los siguientes:

1. Que si bien es verdad que la titularidad de las acciones pertenecen al Ayuntamiento de Fuengirola, se indica con claridad en los Estatutos de la sociedad que el órgano de gobierno de dicha entidad es la Junta General de Accionistas.
2. Que dicha Junta General está constituida por la Corporación en Pleno del Ilmo. Ayuntamiento de Fuengirola, es decir, por los 25 concejales que formamos dicho pleno,

esto es, se entiende por los mismos Estatutos –afirman los recurrentes– la calidad de accionistas de los concejales, aunque la titularidad única a efectos mercantiles sea del Ayuntamiento de Fuengirola.

3. Que, de no entenderse de esta manera, no sería posible de ninguna manera una auditoría de una Sociedad Anónima que fuera titularidad 100% del Ayuntamiento, si no se obtiene mayoría en el pleno municipal, cosa que –afirman los recurrentes– evidentemente pretende evitar el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital.

V

Por medio de escrito de fecha 6 de abril de 2016, la registradora mercantil de Málaga, doña María del Carmen Pérez López-Ponce de León, remite documentación solicitada al efecto desde esta Dirección General, significando, además, que «consultada la hoja de la sociedad, no figura inscrito en este Registro Mercantil la Modificación Estatutaria a que hace referencia el Recurrente».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de abril de 2005, 27 de mayo de 2005, 10 de septiembre de 2007.

El recurso no puede prosperar porque ninguno de los motivos contenidos en el escrito de recurso pueden desvirtuar el contenido de la resolución de la registradora mercantil de Málaga, procediendo, en consecuencia, confirmar en el presente expediente –y por sus propios fundamentos– la resolución dictada por la misma que, siendo ajustada a derecho, no es desvirtuada por las alegaciones del escrito de recurso.

En efecto, el derecho de auditoría que el artículo 265.2 que la Ley de Sociedades Capital reconoce a los socios minoritarios lo es, exclusivamente, a quienes sean titulares de acciones representativas de, al menos, el 5% del capital social de la compañía cuya auditoría pretenden. Siendo así que en el caso que nos ocupa estamos en presencia de una sociedad anónima unipersonal, cuyo único socio resulta ser el Ayuntamiento de Fuengirola, como ha quedado acreditado en el expediente, es evidente, que los solicitantes de la auditoría carecen de legitimación para formular dicha petición por no ser accionistas de la misma.

No puede prosperar por tanto la alegación que los solicitantes de la auditoría formulan en su escrito de recurso de estar legitimados por ser concejales del Grupo Municipal Ciudadanos Fuengirola y representar un 8% del capital, sobre la base de representar sus dos concejales ese 8% dentro del 100 por cien que representan el total de los 25 concejales del Ayuntamiento en cuestión, dado que lo anterior no les atribuye sin más la titularidad de las acciones. A

esto hay que añadir lo limitado del conocimiento que tanto legal como reglamentariamente tiene atribuido este procedimiento, por lo que el control y fiscalización que pretenden habrá de plantearse, en su caso, ante el órgano administrativo o judicial competente para ello.

En definitiva, debe concluirse que don ….. y don ….. no se hallan legitimados para solicitar el nombramiento de auditor, procediendo en consecuencia la desestimación del recurso.

De conformidad con las consideraciones anteriores esta Dirección General resuelve lo siguiente:

Desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Málaga, doña María del Carmen Pérez López-Ponce de León, de fecha 9 de febrero de 2016, en el sentido de no proceder al nombramiento de Auditor solicitado para la revisión de las cuentas del ejercicio 2015 de la mercantil «Fuengirola Televisión, 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 mayo de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Málaga.

Resolución de 4 de mayo de 2016 (2.ª)

En el expediente 7/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Jardín de Infancia Karla, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 4 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mer-

cantil y como titular del 50% del capital social de «Jardín de Infancia Karla, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015. Se acompaña copia de escritura pública de compraventa de participaciones sociales a favor de la solicitante, autorizada por ….., Notario del Ilustre Colegio de Aragón, el día 2 de octubre de 2014, número 836 de su protocolo.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Abuso de derecho por parte de la socia solicitante. La solicitante conoce *prima facie* el estado contable; es socia partícipe del 50 % del capital social; participa en la gestión social en su más amplio sentido y goza de toda la información económica de la sociedad. 2.º Incapacidad económica de la mercantil para atender el pago del coste de la realización de la pretendida auditoría. 3.º Improcedencia del nombramiento de auditor de cuentas por contravenir el espíritu de la norma.

III

El Registrador Mercantil de Zaragoza, don Joaquín Rodríguez Hernández dictó resolución en fecha 21 de enero de 2016 por la que acordó desestimar la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 13 de febrero de 2016, que se presentó en la Oficina de Correos el 17 de febrero de 2016 y que tuvo entrada el 19 de los corrientes en el Registro Mercantil de Zaragoza, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos. Se acompaña fotocopia de Escritura de poder general para pleitos autorizada por el Notario de Zaragoza, don ….., el día 5 de febrero de 2016, número 168 de su protocolo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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 así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil determina que el plazo para la interposición de recurso es de 15 días computado desde la fecha de la notificación de la resolución.

Si se tiene en cuenta que la resolución recurrida fue notificada a la sociedad recurrente el 26 de enero de 2016, como resulta del acuse de recibo, y que el escrito de recurso, si bien es de fecha 13 de febrero, no se presentó en la

Oficina de Correos hasta el 17 de febrero de 2016, con entrada en el Registro Mercantil de Zaragoza el día 19 de febrero de 2016, no cabe sino declarar su extemporaneidad y proceder a su inadmisión, toda vez que el transcurso de los plazos legales para recurrir determina que el acto impugnado alcance firmeza, produciendo desde entonces los efectos que le son propios.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Zaragoza, don Joaquín Rodríguez Hernández, de fecha 21 de enero de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 mayo de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Zaragoza.

Resolución de 4 de mayo de 2016 (3.ª)

En el expediente 9/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Son Galta, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. y don ….. presentaron un escrito de fecha 4 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Palma de Mallorca, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitaron, al amparo del artículo 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titulares de más del 5% del capital social de «Son Galta, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015. Se acompañan:

1.º Copia de escritura de adjudicación por título sucesorio autorizada por el Notario de Palma de Mallorca, don José Andrés Herrero de Lara, el día 27 de febrero de 2012, número 190 de su protocolo.

2.º Copia de escritura complementaria de herencia autorizada por el Notario de Palma de Mallorca, don Eduardo Martínez Piñeiro, el día 26 de marzo de 1991, número 872 de su protocolo.

3.º Copia de escritura de donación de participaciones sociales autorizada por el Notario de Manacor, don Gabriel Celiá Gual, el día 16 de junio de 2000, número 1672 de su protocolo.

4.º Copia de escritura de donación de participaciones sociales autorizada por el Notario de Manacor, don Gabriel Celiá Gual, el día 16 de junio de 2000, número 1673 de su protocolo.

5.º Copia de escritura de adición de título sucesorio autorizada por el Notario de Palma de Mallorca, don José Andrés Herrero de Lara, el día 27 de febrero de 2012, número 189 de su protocolo.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios alegando: 1.º El 14 de diciembre de 2015 se convocó Junta de socios en la que, entre otros puntos del día, estaba previsto el nombramiento de auditor. El día anterior a la celebración de la junta se solicitó el nombramiento de auditor por parte de dos socios. 2.º Mala fe y abuso de derecho. Se acompaña: 1.º Copia de escritura de poder para pleitos autorizada por el Notario de Son Servera, don Francisco García de la Rosa Homar, el día 25 de octubre de 2007, número 2.435 de su protocolo. 2.º Copia del Acta de Requerimiento autorizada por el Notario de Son Servera, don Francisco García de la Rosa Homar, el día 5 de enero de 2016, número 13 de su protocolo, en la que consta la aprobación en Junta del acuerdo consistente en designar auditor voluntario.

III

El Registrador Mercantil de Palma de Mallorca, don Eduardo López Ángel dictó resolución en fecha 22 de enero de 2016 por la que acordó desestimar la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., en nombre y representación de «Son Galta, S.L.», como apoderado, por escrito de fecha 17 de febrero de 2016, que tuvo entrada el 18 de febrero de 2016 en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º El nombramiento de auditor por la sociedad lo fue para los ejercicios 2015, 2016 y 2017, si bien en el acta notarial, por error, no constaban inicialmente dichas fechas, siendo subsanado dicho error. El 9 de febrero de 2016 el auditor nombrado aceptó el cargo y el 12 de febrero de 2016 se presentó en el Registro Mercantil. 2.º Mala fe y abuso de derecho. Se acompaña: 1.º Acta Notarial de la Junta de socios en la que consta la subsanación de la omisión de los ejercicios para los que se procedió al nombramiento de auditores. 2.º Certificación del nombramiento de auditores presentada al Registro Mercantil. 3.º Aceptación del cargo de auditores 4.º Recibo justificativo de la entrada de dichos documentos en el Registro Mercantil. 5.º .....

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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 y 7 y 1902 del Código Civil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), 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 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, 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.

Tradicionalmente se ha exigido, para que la auditoría voluntaria pueda enervar la solicitud del socio, que concurran dos condiciones, esto es, que el nombramiento voluntario de auditor sea anterior 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.

Sin embargo, recientemente, este Centro Directivo ha corregido dicha postura, fundamentándolo en que lo trascendente es garantizar el derecho del solicitante a la verificación contable, siendo intrascendente para el socio el origen del nombramiento debido a la independencia e imparcialidad que presiden la actuación de estos profesionales. Por lo tanto, habiéndose acreditado en el presente expediente el nombramiento y aceptación de auditor nombrado voluntariamente con carácter previo a esta Resolución se estima cumplido el primero de los requisitos para que el nombramiento voluntario de auditor enerve la petición del socio, quien en todo caso, verá salvaguardado su inte-

rés. Con ello, además, se evita tener que acudir a otra auditoría. En este sentido se pronuncia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de julio de 2.014.

En cuanto al segundo de los requisitos mencionados, en el supuesto que nos ocupa se solicita por parte de la sociedad, con posterioridad a la resolución del Registrador Mercantil de Palma de Mallorca, la inscripción del nombramiento voluntario de auditor en el registro mercantil. La inscripción se lleva a cabo y el auditor voluntario es inscrito en el Registro Mercantil de Palma con anterioridad a la presente resolución.

Resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

De todo lo anterior resulta que, ni jurídica ni económicamente tendría justificación la designación registral de un nuevo auditor que llevase a cabo la misma tarea de verificación que el auditor designado por la sociedad. Como pone de relieve la sentencia citada de nuestro Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007, la pretensión de que se lleve a cabo una nueva auditoría referida al mismo ejercicio debe ser rechazada por innecesaria sin perjuicio de la valoración jurídica que de tal pretensión puedan deducir los Tribunales de Justicia.

Procede, en consecuencia, estimar la primera de las causas alegadas por la sociedad recurrente como fundamento de su pretensión.

2. No corresponde, sin embargo, la misma suerte estimatoria a la segunda de las razones esgrimidas por la sociedad en su escrito de recurso consistente en la mala fe y abuso de derecho.

Al respecto es doctrina muy consolidada de esta Dirección General que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (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 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

Este Centro Directivo no puede analizar o valorar la conducta de los solicitantes, como pretende la sociedad recurrente. El objeto de este expediente se limita a determinar si es procedente, o no, el nombramiento de auditor de

cuentas por parte del Registrador Mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Palma de Mallorca, don Eduardo López Ángel, de fecha 22 de enero de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 mayo de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Palma de Mallorca.

Resolución de 12 de mayo de 2016 (1.ª)

En el expediente 8/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Euromant Textil, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito de fecha 5 de enero 2016, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Euromant, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad, por escrito de fecha 22 de enero de 2016, mediante sus administradores solidarios, se opuso a la pretensión del socio alegando:

1. Que la sociedad no está obligada a la verificación de las cuentas.
2. Que no existe ninguna causa humana, económica y jurídicamente para la solicitud de auditor de cuenta, al haberse garantizado al solicitante el derecho a información.
3. Que la auditoría generaría unos costos innecesarios en la sociedad.
4. Ejercicio abusivo y antisocial del derecho por parte del solicitante.
5. Constancia en el Registro Mercantil de tres auditorías realizadas años anteriores y con resultado satisfactorio para la sociedad.

III

El Registrador Mercantil III de Valencia, don Carlos Javier Orts Calabuig dictó resolución en fecha 29 de enero de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….. y doña ….., administradores solidarios de la sociedad, por escrito de fecha 12 de febrero 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Valencia, interponen recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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 así como las resoluciones citadas en el texto.

Respecto a que la sociedad no está obligada a la verificación contable, se ha de indicar que el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital recoge el derecho del socio que reúna los requisitos de capital, forma y plazo previstos legal y reglamentariamente a solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas en las sociedades que no se encuentren sometidas de antemano a la obligación de verificación contable por parte de un auditor.

En segundo lugar, en relación a la inexistencia de causa para la solicitud de auditor de cuentas, es necesario poner de manifiesto la reiterada doctrina que ha venido estableciendo la Dirección General de los Registros y del Notariado (pueden verse al respecto las Resoluciones de fechas de 13 de febrero, 9 de

junio y 5 de octubre de 2009, entre otras), que señala 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.

En tercer lugar y relativo a los costes de la auditoría, por disposición expresa de la Ley y sin que quepa margen interpretativo alguno, corren siempre a cargo de la sociedad cualquiera que sea la situación económica en que se encuentre.

En cuarto lugar y relativo al ejercicio abusivo y antisocial del derecho por parte del solicitante, resulta imposible analizar en este trámite, dado lo limitado del conocimiento que tiene atribuido, las razones o motivaciones que llevan al accionista a requerir el nombramiento ya que, si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil) y no ampara, por el contrario, el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 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 último lugar la existencia de auditorías realizadas años anteriores no limita el derecho del solicitante, al ser un derecho que puede ejercitarse anualmente.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil III de Valencia don Carlos Javier Orts Calabuig, de fecha 29 de enero de 2016.

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

impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 mayo de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia III.

Resolución de 12 de mayo de 2016 (2.ª)

En el expediente 10/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Danza a Caballo, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 11 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Albacete, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Danza a Caballo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante su administradora única, doña ….. alegando:

1. Que la petición de informe de auditoría es abusiva y está basada en la mala fe, al haber participado el solicitante en la administración de la empresa de forma solidaria.
2. Que en ningún momento ha habido negación del derecho de información al solicitante.
3. Que el nombramiento de auditor supone una carga injusta para la sociedad, que no la puede costear por falta de fondos.

III

El Registrador Mercantil de Albacete, don Flavio Muñoz García dictó resolución en fecha 25 de enero de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 11 de febrero de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Albacete, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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 así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En relación a la primera causa de oposición basada en un abuso de derecho por parte del solicitante y la mala fe del mismo, existe abundante 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 accionista a requerir el nombramiento ya que, si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil) y no ampara, por el contrario, el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 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).

2. En segundo lugar respecto a la causa basada en la no negación por parte de la sociedad del derecho a información que asiste al socio solicitante, debe decirse, que ni la Ley de Sociedades de Capital ni el Reglamento del Registro Mercantil exigen como requisito previo al ejercicio del derecho de auditoría el ejercicio del derecho de información para poder solicitar y obtener un auditor designado por el Registrador Mercantil. Pueden verse al respecto Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 6 de mayo de 2005, 4 de abril de 2006 y 27 de febrero de 2009, entre otras. El derecho de información es un derecho independiente al de solicitar auditoría de cuentas, si bien resultan complementarios entre sí.

3. En tercer lugar y en relación al costo de la auditoría, el citado artículo 265.2, sin que quepa margen interpretativo alguno, recoge 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).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la Resolución del Registrador Mercantil de Albacete, don Flavio Muñoz García, de fecha 25 de enero de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 mayo de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Albacete.

Resolución de 13 de mayo de 2016

En el expediente 11/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Novel Olimpia, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 4 de enero 2016, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Novel Olimpia, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad mediante su administrador único, doña ….. se opuso a la pretensión del socio alegando:

1. Que pese a no estar obligada la sociedad al nombramiento de auditor, en Junta General del día 26 de junio de 2015 se acordó nombrar auditor voluntario a la sociedad «Gavia Auval Auditores, S. L. P. ».

2. Que el día 4 de enero de 2016 se volvió a celebrar Junta General, para tratar únicamente el nombramiento de auditor y resultante de la misma se acordó revocar los nombramientos anteriores y nombrar como auditor a don ….., debidamente notificado y aceptado por el mismo el día 8 de enero de 2016.

3. Que el día 11 de enero de 2016 se recibe comunicación del Registro Mercantil relativa a la solicitud del actor relativa al nombramiento del auditor, habiendo actuado el mismo de mala fe, toda vez que el mismo día en el que se celebró la Junta General, habiendo estado presente en la misma y tras conocer el acuerdo adoptado, se desplaza al Registro Mercantil para cursar la solicitud, estando únicamente pendiente el nombramiento del auditor por la sociedad de su inscripción en el Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil de Alicante II don Antonio Arias Fuentes, dictó resolución en fecha 4 de febrero de 2016 por la que acordó admitir la oposición al resultarle acreditado el nombramiento de auditor por parte de la sociedad dentro del plazo fijado para ello.

IV

Don ….., por escrito de fecha 25 de febrero de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Alicante II, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, por estimar necesario el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas de la sociedad, pues la sociedad se ha negado a hacer auditorías años anteriores, así como a facilitarle las cuentas al auditor nombrado por el Registrador Mercantil incluso rechazando una auditoría judicial el día 3 de junio de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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 así como las resoluciones citadas en el texto.

Se plantea en el presente expediente si es válido el nombramiento de auditor de cuentas por parte de la sociedad o por el contrario debe de procederse al nombramiento de auditor por parte del Registrador Mercantil al entenderse que no se ha producido aquel.

De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo, 17 de junio de 2014 y 14 de mayo y 27 de julio de 2015 entre otras muchas), 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 verifica-

ción 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, 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. Consecuentemente, de existir designado un auditor por parte de la sociedad el interés protegible del socio está salvaguardado.

Si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* Resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014).

En el supuesto de este expediente, resulta que la primera fecha fehaciente que resulta de los documentos, la aceptación del auditor nombrado por la sociedad en fecha 8 de enero de 2016, es posterior a la presentación de la solicitud por el socio minoritario de fecha 4 de enero de 2016; no obstante, de una valoración conjunta de las pruebas y en especial a la constancia que tiene el Registro Mercantil en la inscripción 7, de fecha 27 de enero del 2016 de la hoja número A 49729, al folio 135 del tomo 2.157, de que en fecha 4 de enero de 2016, debidamente convocada la Junta General, con la asistencia del cien por cien del capital social y ante la presencia del Notario de Novelda, don Carlos Javier Llorca Martínez, se acordó por mayoría el nombramiento del auditor a favor de don ….., se llega a la conclusión de que el nombramiento sí fue previo a la solicitud presentada por el interesado.

En este sentido la administración de la sociedad expresó en su escrito de oposición que el nombramiento voluntario de auditor fue anterior a la entrada en el Registro Mercantil de la solicitud del socio. En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario, que de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Alicante II, don Antonio Arias Fuentes, de fecha 4 de febrero de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante II.

Resolución de 18 de mayo de 2016

En el expediente 13/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de socio de «Adaptrans Asturias, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., por medio de escrito de fecha 23 de diciembre de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Asturias, en el que tuvo su entrada el día 4 de enero de 2016, solicitó nombramiento de auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital como titulares de más del 5% del capital social de la mercantil «Adaptrans Asturias, S.L.».

II

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios por medio de escrito de fecha 2 de febrero de 2016 alegando extemporaneidad, en lo que a este expediente interesa, por entender que la petición era referida al ejercicio 2014.

III

La registradora mercantil de Asturias, doña M.ª Concepción Solance del Castillo dictó resolución por la que acordó denegar la petición formulada por don ….., con arreglo a los fundamentos de derecho que estimó pertinentes.

De dicha resolución resulta que con fecha 9 de febrero de 2016 se presentó en el Registro certificación de auditor voluntario por parte de la sociedad para el ejercicio 2015. Con la

misma fecha se resuelve por el mismo Registro suspender el procedimiento. Y, finalmente, con fecha 15 de febrero de 2016 se procede por la registradora mercantil de Asturias a practicar la inscripción del nombramiento voluntario por parte de la sociedad, causando la inscripción 10.ª de la hoja social.

IV

Don ….., como titular de más del 5% del capital social de la mercantil «Adaptrans Asturias, S.L.», por escrito de fecha 7 de marzo de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Asturias, interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando en lo que a este recurso interesa, en esencia, lo siguiente:

1. Que la competencia para el nombramiento de auditor voluntario corresponde a la Junta General y no al órgano de administración, porque, además, tampoco así lo prevén los estatutos de la sociedad.
2. Que para que la auditoría voluntaria puede enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable debe ser anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la solicitud del socio minoritario sobre nombramiento registral de auditor, ya que en otro caso, se estaría impidiendo la aplicación de la norma con rango legal declarativo de este derecho reconocido a la minoría (LSC art. 265.2).
3. Que se estime el recurso, se revoque y se deje sin efecto la resolución combatida, incluida la anulación del asiento de inscripción del nombramiento voluntario de auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 30 de julio de 2014, 27 de abril de 2015, 7 y 13 de mayo de 2015, 3 de junio de 2015, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso contra la resolución de la registradora mercantil de Asturias según el antecedente de hecho IV, plantea dos cuestiones a resolver en los términos que obran a continuación:

En primer lugar, en cuanto a la competencia para el nombramiento de auditor voluntario, y pesar de lo alegado por el recurrente, como ha reiterado este Centro Directivo el órgano de administración está perfectamente legitimado para designar auditor con el fin de que verifique las cuentas anuales en aquellos supuestos en que la sociedad no esté obligada a la verificación contable (por todas, resoluciones de 16 de abril de 2012, 26 de septiembre de 2014 y 23 de febrero de 2015). De los artículos artículo 263, 264 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital, resulta ineludiblemente que la competencia de la Junta General para proceder al nombramiento de auditor de cuentas, así como los términos para realizar dicho nombramiento y su duración, solo son de obligado cumpli-

miento en aquellas sociedades que no pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas en forma abreviada y que, por tanto, están obligadas por ley a la verificación contable. Fuera de estos supuestos la sociedad puede, a través de su órgano de administración, contratar los servicios de un auditor de cuentas, si lo considera necesario para la buena marcha de la empresa, pues este acto tiene la naturaleza propia de un acto de gestión y buena administración cuando se trata de sociedades no sujetas por ley a la obligación de auditar sus cuentas anuales (art. 209 de la Ley de Sociedades de Capital).

2. Respecto de la segunda cuestión, de forma reiterada (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), 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 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, 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 presente caso, con fecha 9 de febrero de 2016 se presentó en el Registro certificación de auditor voluntario por parte de la sociedad para el ejercicio 2015. Con la misma fecha se resuelve por el mismo Registro suspender el procedimiento. Y, finalmente, con fecha 15 de febrero de 2016 se procede por la registradora mercantil de Asturias a practicar la inscripción del nombramiento voluntario por parte de la sociedad, causando la inscripción 10.ª de la hoja social. Resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel

del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

Tradicionalmente, este Centro Directivo exigió no solo que el nombramiento fuera anterior a la presentación de la instancia sino además que dicha circunstancia resultase de forma fehaciente. Esta doctrina (en la que se fundamenta la resolución impugnada), ha sido corregida con fundamento en que lo trascendente es garantizar el derecho del solicitante a la verificación contable, siendo irrelevante para el socio el origen del nombramiento debido a la independencia e imparcialidad que preside la actuación de estos profesionales. De este modo cuando quien tiene la responsabilidad legal de certificar los acuerdos sociales afirma que el nombramiento se ha llevado en fecha determinada justificando su aseveración con la aportación de la documentación correspondiente (incluida la aceptación por el auditor designado), no existe motivo para actuar como si dicho nombramiento no se hubiera producido *(vid,* entre otras, resoluciones de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 2 de diciembre de 2013 y 24 de octubre de 2014). 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.

Es cierto que la solicitud de inscripción del nombramiento de auditor voluntario en el Registro Mercantil es posterior a la misma como resulta del expediente, pero si tenemos en cuenta: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de un informe de verificación por el auditor nombrado por la sociedad; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho del solicitante; c) que resulta innecesario y económicamente injustificable el nombramiento de un auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el realizado por un profesional cuyo ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad; d) que cualquier desviación de la anterior conducta debe ser puesta en conocimiento de la administración competente por el interesado para que adopte las medidas previstas en el ordenamiento; e) que como ha puesto de relieve esta Dirección General (vid resolución de 11 de marzo de 2014), la objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 11 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia

de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría. Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; f) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado sin perjuicio de las acciones e iniciativas que al socio correspondan de conformidad con el ordenamiento si considera que su posición jurídica no ha sido debidamente salvaguardada.

3. Finalmente, respecto de la cuestión relativa a la anulación del asiento de inscripción del nombramiento voluntario de auditor, simplemente recordar que conforme a lo dispuesto en el artículo 7.º1 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, «el contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad». En el mismo sentido se manifiesta el artículo 1.º del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, conforme al cual, en la parte que interesa, que «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos doscientos treinta y ocho y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley».

Por tanto, y de acuerdo con los preceptos citados, cualquier cuestión que se refiera a la validez o nulidad de una inscripción, deberá plantearse ante los Tribunales y no ante esta Dirección General, que carece de competencias al efecto.

De conformidad con las consideraciones anteriores esta Dirección General resuelve lo siguiente:

– Desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Asturias, doña M.ª Concepción Solance del Castillo.

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

Madrid, 18 de mayo de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Asturias.

Resolución de 25 de mayo de 2016 (1.ª)

En el expediente 6/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de la mercantil «Romeu González, Elena 002226855G, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 11 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Tenerife, 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 «Romeu González, Elena 002226855G, S. L», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015, realización de informe de gestión y determinación del valor real de las participaciones sociales. Con dicho escrito, se acompañan:

1.º Copia de escritura de constitución de la sociedad mercantil, autorizada por el notario de Santa Cruz de Tenerife don Javier Martínez del Moral el día 17 de marzo de 2008, número 556 de protocolo.
2.º Copia de Acta de Junta Universal autorizada por el notario de Santa Cruz de Tenerife don Isidoro González Barrios, el día 21 de diciembre de 2015, número 2331 de su protocolo.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, que:

1.º La administradora de la sociedad contrató auditor de cuentas el 29 de diciembre de 2015, fecha anterior a la solicitud de nombramiento de auditor.
2.º La solicitante conoce esta circunstancia, así como la empresa auditora designada, sus honorarios y sus números de registro en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas y en el Registro de Economistas Auditores, pues ante la convocatoria de Junta General para designar auditor solicitó mediante burofax tales datos.
3.º Se garantiza el derecho de la socia a la auditoría porque se presenta a inscripción mediante este escrito.
4.º No concurre ninguno de los supuestos legales a los que se refiere el artículo 363 (párrafos 1 y 4) del Reglamento del Registro Mercantil por lo que no es procedente la designación por el registrador de un experto independiente o de un auditor para que determine el valor real de las participaciones.

Con el escrito de oposición, se acompañan:

1.º Fotocopia de propuesta de auditoría, con firma de la administradora única, legitimada ante el notario de Santa Cruz de Tenerife, don Isidoro González Barrios, el 29 de diciembre de 2015, número 1097 del libro indicador y firma del auditor designado por fotocopia.
2.º Certificación de fecha 31 de diciembre de 2015 en que la sociedad auditora deja constancia de su nombramiento y aceptación.

3.º Solicitud de información, y contestación a la misma, efectuada por la solicitante en virtud de lo dispuesto en el artículo 196 de la Ley de Sociedades de Capital, por burofaxes de fecha 15 de diciembre y 22 de diciembre de 2016, respectivamente.

4.º Acta de Junta General Universal autorizada por el notario de Santa Cruz de Tenerife, don Isidoro González Barrios, el día 21 de diciembre de 2015, número 2331 de su protocolo.

III

El Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, don Andrés Barettino Coloma dictó resolución en fecha 28 de enero de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., administradora única de la sociedad, por escrito que tuvo entrada el 17 de febrero de 2016 en el Registro Mercantil de Tenerife, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en base a los siguientes argumentos fundamentales:

1.º Se contrató auditoría voluntaria el 29 de diciembre de 2015, habiéndose acompañado al escrito de oposición la aceptación por parte de la sociedad de la propuesta de la empresa auditora, con firma legitimada ante notario a los efectos de dejar constancia de la fecha. La empresa auditora ratificó su aceptación el 31 de diciembre de 2015, como se desprende del documento que se acompañó al Registro y de los correos electrónicos que se enviaron y recibieron por la sociedad auditora el 30 de diciembre de 2015. Se acompaña copia de dichos correos electrónicos. Al ser el nombramiento voluntario de auditor anterior a la solicitud de nombramiento de auditor, no procede tal designación. La designación queda patente tras la aceptación formal por parte de la administradora de la propuesta, presupuesto y trabajo a realizar por parte de la auditora que es, además, puesta en conocimiento inmediatamente de la auditora. La firma auditora no es que estuviese nombrada para cumplir el trabajo de auditar las cuentas, sino que, conforme los artículos 1261 y 1262 del código Civil, existe ya un contrato entre ambas empresas pues se aprecian todos los requisitos exigidos por los mismos. La certeza de la fecha queda patente que el nombramiento fue hecho el 29 de diciembre de 2015 con la firma de la propuesta de encargo de auditoría realizada por la administradora, firma que es legitimada con esa fecha por el notario de Santa cruz de Tenerife don Isidoro González Barrios.

2.º En cuanto al derecho del socio al informe de auditoría se garantiza con la inscripción del nombramiento de auditor, como se solicitó junto con el escrito de oposición.

3.º Por lo que se refiere a la solicitud de la peticionaria de nombramiento de auditor para determinar el valor real de las participaciones no estamos ante ninguno de los supuestos contemplados en los artículos 363 del Reglamento del Registro Mercantil núm. 124 o 125 de la Ley de Sociedades de Capital.

Finalmente, se solicita se dicte resolución en la que se admitan los motivos de oposición y se pueda practicar la inscripción de tal nombramiento en el Registro Mercantil, asegurando el derecho de los socios al acceso a la auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2, 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Se plantea nuevamente en este expediente la cuestión de cuándo y en qué 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 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.

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 resolución del expediente por el Registrador Mercantil competente, o en su caso, anterior a la resolución de este Centro Directivo al pronunciarse sobre el recurso. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo 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.

2. En el supuesto analizado, si bien es cierto que se presenta fotocopia de la propuesta de auditoría, en que consta la firma de don ….. también por fotocopia, y la aceptación de la propuesta firmada por la administradora de la sociedad con firma legitimada ante notario, no lo es menos, que la sociedad

auditora presenta una certificación de fecha 31 de diciembre de 2015 en la que consta la aceptación del encargo. De la valoración conjunta de los hechos y de los documentos presentados resulta que la sociedad nombró auditor a «Peraza y Compañía Auditores S... P.» y ésta aceptó, por lo que debe ser estimada la primera de las causas de recurso. En este sentido se pronuncia la resolución de la Dirección General de los Registro y del Notariado de 2 de diciembre de 2013.

3. Sin embargo la discusión acerca de si se cumple, o no, la primera de las exigencias para que el nombramiento voluntario de auditor frustre la solicitud del socio, resulta estéril puesto que no se ha cumplido el segundo de los requisitos meritados, esto es, que se garantice el derecho del socio a la auditoría. Esto es así porque no consta la inscripción del nombramiento voluntario de auditor en la hoja abierta a la mercantil «Romeu González Elena, S.L.», ni ninguno de los otros medios a través de los cuales se puede garantizar el derecho del socio al informe de auditoría, no siendo este procedimiento, debido a lo limitado de su objeto circunscrito a resolver sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento de auditor solicitado, el hábil a través del cual obtener la inscripción del nombramiento de auditor voluntario, o pronunciamiento al respecto (Resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

4. En cuanto a la tercera causa de recurso, relativa a la improcedencia de nombramiento de experto independiente para valorar las participaciones sociales por no concurrir ninguno de los supuestos legales, ha de ser estimada. El artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital prevé que en los supuestos se separación o exclusión de socios por causas legales o estatuarias, así como en el caso previsto en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, a falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales, o sobre las persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un experto independiente, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones objeto de valoración. De ello resulta 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, de modo que, al no haberse acreditado la concurrencia de ninguno de los supuestos previstos en la ley, procede su desestimación.

5. Por último, en la solicitud de nombramiento de auditor, realizado por la socia, se solicita también el nombramiento de auditor con la finalidad de realizar informe de gestión correspondiente al último ejercicio. Al ser éste un procedimiento, como ya se expresó anteriormente, cuyo objeto es pronunciarse exclusivamente sobre la pertinencia, o no, del nombramiento de auditor para verificar las cuentas del ejercicio económico anterior o, en su caso, de experto independiente para la determinación del valor real de las participacio-

nes, dicha petición debe ser desestimada en base a los mismos argumentos y fundamentos de derecho antes relacionados.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Tenerife, don Andrés Barettino Coloma, de fecha 28 de enero de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 mayo de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Tenerife.

Resolución de 25 de mayo de 2016 (2.ª)

En el expediente 42/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Librería Mujeres Horas y Horas la Editorial, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. y doña ….. presentaron escrito de fecha 16 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitaron, 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 «Librerías Mujeres Horas y Horas la Editorial, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

Mediante escrito de 17 de febrero del mismo año, don Manuel Casero Mejías, Registrador Mercantil de Madrid, solicita se aporten los documentos acreditativos de la legitimación de las interesadas ya que en la solicitud se hace constar que se acompaña documento de donación de participaciones sociales sin que se haya aportado, concediendo un plazo de diez días para aportar la documentación requerida.

El 24 de febrero se presentan por doña ….. los documentos acreditativos de tal condición de socias, concretamente, copia de la escritura de donación de participaciones sociales.

II

La sociedad no se opuso a la pretensión de las mencionadas socias tras ser requerida mediante escrito del Registrador Mercantil de Madrid don Manuel Casero Mejías de 25 de febrero de 2016.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don Manuel Casero Mejías dictó resolución en fecha 23 de marzo de 2016 por la que procedió al nombramiento del auditor solicitado, constando la aceptación del mismo.

IV

Doña ….., administradora única de la mercantil «Librería Mujeres Horas y Horas, la Editorial, S. L., interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra la resolución del registrador de 23 de marzo, en base al siguiente argumento: que la mencionada mercantil ya nombró auditor. Dicho nombramiento se aprobó por unanimidad de los accionistas en nuestra última junta, celebrada ante el Notario don Carlos García Ortiz de Madrid, en Madrid el 30 de diciembre de 2015, acompañando la escritura notarial del acta de dicha junta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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 así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo muy reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo a dicha doctrina (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), 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 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, 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.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

2. En el expediente que da lugar a la presente, la fehaciencia de la fecha del documento por el que se pretende acreditar la existencia de un nombramiento voluntario anterior es evidente, puesto que fue aprobada por unanimidad en junta general ordinaria en las que las solicitantes estuvieron

debidamente representadas, según resulta del acta notarial de la misma otorgada el 30 de diciembre de 2015 por don Carlos María García Ortiz, Notario de Madrid.

Aún así conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* Resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario, que de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

3. No ocurre lo mismo con el requisito relativo al aseguramiento del interés protegible. En el supuesto de este expediente aún admitiendo que la sociedad ha justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud del socio, no ha acreditado en modo alguno que se haya adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado.

Efectivamente no puede pretenderse que el informe de verificación esté completado en fecha cercana a la del cierre de ejercicio. Al respecto es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación por lo que su contabilidad no tiene porqué revestir una especial complejidad *(vide* arts. 254, 257, 258 y 261 en relación al artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital); b) que la sociedad no ha solicitado la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, inscripción que se puede verificar sin necesidad de elevar a público el acuerdo del órgano de administración (arts. 154 y 192 en relación al 141 del Reglamento del Registro Mercantil); c) que de conformidad con el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital el plazo ordinario para la elaboración del informe de verificación es el de un mes desde que se haya puesto a disposición del auditor la documentación oportuna; d) que al tiempo de emitir esta resolución han transcurrido cinco meses desde el cierre del ejercicio social; e) que de lo anterior resulta que ha transcurrido un plazo razonable para la emisión del informe de verificación y sin embargo la sociedad no lo ha aportado al expediente ni ha justificado en modo alguno que lo ha puesto a disposición del socio minoritario *(vide* art. 8 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).

Es también cierto que la inscripción de auditor voluntario no es obligatoria en principio pero no lo es menos que, de acuerdo a la constante doctrina de esta Dirección que ha sido por extenso recogida en las consideraciones anteriores, y a falta de entrega o puesta a disposición del informe de auditoría la sociedad está obligada a garantizar que el interés protegible que el socio

minoritario ejerce mediante la solicitud prevista en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital está salvaguardado mediante la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento realizado, inscripción que evitará el depósito de las cuentas anuales del periodo a que se refiera el nombramiento si a las mismas no se acompaña el oportuno ejemplar del informe de verificación (art. 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid, don Manuel Casero Mejías de fecha 23 de marzo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 mayo de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 26 de mayo de 2016

En el expediente 41/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Granjes L'Artiga, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 1 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Gerona, en el que tuvo su entrada el día 12 inmediato posterior, 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 «Granjes L'Artiga, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

Acompaña a su solicitud copia de la escritura de constitución de la mercantil para acreditar la titularidad de las mencionadas participaciones sociales.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que la solicitud no acredita el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 351.3 RRM por no expresarse la causa de la solicitud. Así expone la mercantil que «en la documentación que se me ha dado no se acredita el cumplimiento del requisito establecido ene l artículo 351.3 RRM pues no se expresa la causa de la solicitud».

III

El Registrador Mercantil de Gerona, don Jesús Garbayo Blanch Rodríguez dictó resolución en fecha 11 de marzo de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 4 de abril de 2016, que tuvo entrada el mismo día 4 en el Registro Mercantil de Gerona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando el argumento de su escrito de oposición que se da por reproducido y añadiendo lo siguiente: «Que se presentó ante el Registro Mercantil de Girona oposición a la solicitud por no acreditarse el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 351.3 RRM por no expresarse la causa de la solicitud. Que en fecha 16 de marzo se recibió la desestimación de la oposición de fecha 11 de marzo por considerarse que en este tipo de expedientes siempre es la misma: la inexistencia de auditoría. Que esta parte formula recurso en base a que se trata de una presunción que excede lo previsto legalmente ya que cuando se exige por el 351.3 RRM la expresión de la causa no se condiciona a ningún otro supuesto. Tengamos en cuenta que la solicitud de expresión de la causa no puede ser superada entendiendo que como siempre es la misma no cabe citarla. Podría tratarse de una causa distinta de la presupuestada por el Registro y por ello debe cumplirse con el requisito referido y que aquí no se cumple».

V

El día 19 de abril de 2016 tiene entrada en el mencionado Registro Mercantil escrito suscrito por don ….. por el que manifiesta su voluntad de no continuar el procedimiento dado que ha procedido a la venta de sus participaciones sociales. Así mismo, don ….., como administrador único de la mercantil «Granjes L'Artiga, S.L.», mediante escrito de 15 de abril, presentado el día 19 en el mismo Registro Mercantil, solicita que se le tenga por desistido del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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 así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por don ….., solicitante de la auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 para la sociedad Granjes L'Artiga, S. L. y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia al no existir interés protegible que imponga su continuación.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el desistimiento y acordar la conclusión del procedimiento de nombramiento de auditor.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 mayo de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Gerona.

Resolución de 6 de junio de 2016 (1.ª)

En el expediente 38/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Energesis Home Soluciones Geotérmicas, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 8 de febrero 2016, dirigido al Registro Mercantil de Valencia III, que tuvo su entrada el día 2 de marzo 2016, 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 «Energesis Home Soluciones Geotermicas, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad, por escrito de fecha 11 de marzo de 2016, mediante su administradora Esperanza Navarro Pardo, se opuso a la pretensión del socio alegando:

1. Que la solicitud es injustificada y obedece únicamente a desavenencias internas entre los socios y la mala fe de la Señora Raquel María Sancho Moscado conocedora de que los gastos de la auditoría corren a cargo de la sociedad.
2. La socia ha tenido la información económica suficiente por lo que su derecho a la información siempre se ha respetado.
3. A fecha de la solicitud no se han formulado las cuentas anuales por tanto, no hay nada que auditar.

III

El Registrador Mercantil III de Valencia, don Carlos Javier Orts Calabuig dictó resolución con fecha 14 de marzo de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….. administradora única de la sociedad, por escrito de fecha 6 de abril de 2016, que tuvo su entrada el día 8 de abril en el Registro Mercantil de Valencia, 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, 107 y 113 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 6 y 7 del Código Civil, así como las resoluciones citadas en el texto.

En primer lugar, y en lo relativo al ejercicio abusivo y antisocial del derecho por parte del solicitante, resulta imposible analizar en este trámite, dado lo limitado del conocimiento, las razones o motivaciones que llevan al accionista a requerir el nombramiento, si bien, es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil) y no ampara, por el contrario, el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 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 segundo lugar, y en lo relativo a los costes de la auditoría, por disposición expresa de la Ley y sin que quepa margen interpretativo alguno, corren siempre a cargo de la sociedad cualquiera que sea la situación económica en que se encuentre.

En tercer lugar, el hecho de que las cuentas correspondientes no se hallen formuladas es irrelevante al efecto de determinar si procede o no la designación de auditor. En sociedades obligadas a la verificación de cuentas el nombramiento de auditor debe incluso ser anterior al cierre del ejercicio que ha de ser auditado (art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital), y consecuentemente anterior a la formulación de las cuentas. En sociedades no obligadas, el nombramiento puede solicitarse después de que el ejercicio esté cerrado cuando ya ha comenzado el plazo para la formulación de las cuentas y, en consecuencia, con independencia de su efectiva elaboración. Ciertamente, la previsión legal (arts. 253, 263, 265, 270 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital), es que el informe de verificación esté disponible al tiempo de la celebración de la Junta General que ha de aprobar las cuentas anuales pero dicha previsión no empece el derecho del socio minoritario a que se designe auditor, derecho que por tanto ni depende de la efectiva existencia de las cuentas ni de su aprobación en Junta *(vid.,* por todas, resoluciones de 24 de julio y 24 de octubre de 2014).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil III de Valencia don Carlos Javier Orts Calabuig, de fecha 14 de marzo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta Resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 6 de junio de 2016 (2.ª)

En el expediente 40/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Energesis Group, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 8 de febrero 2016 dirigido al Registro Mercantil de Valencia IV, en el que tuvo su entrada el día 2 de marzo 2016, 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 «Energesis Group, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad, por escrito de fecha 11 de marzo de 2016, mediante su administradora única …..., se opuso a la pretensión del socio alegando:

1. Que la solicitud es injustificada y obedece únicamente a desavenencias internas entre los socios y la mala fe del Señor….. conocedor de que los gastos de la auditoría corren a cargo de la sociedad.
2. El socio ha tenido la información económica suficiente por lo que su derecho a la información siempre se ha respetado, reforzándose este hecho en que además ha sido miembro del Consejo de Administración.
3. A fecha de la solicitud no se han formulado las cuentas anuales por tanto, no hay nada que auditar.

III

El Registrador Mercantil IV de Valencia, don Luis Orts Herranz dictó resolución en fecha 14 de marzo de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….. administradora única de la sociedad, por escrito de fecha 6 de abril de 2016, que tuvo entrada el día 8 de abril en el Registro Mercantil de Valencia, 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, 107 y 113 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 6 y 7 del Código Civil, así como las resoluciones citadas en el texto.

En primer lugar, y en lo relativo al ejercicio abusivo y antisocial del derecho por parte del solicitante, resulta imposible analizar en este trámite, dado lo limitado del conocimiento, razones o motivaciones que llevan al accionista a requerir el nombramiento, si bien, es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil) y no ampara, por el contrario, el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 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 segundo lugar, y en lo relativo a los costes de la auditoría, por disposición expresa de la Ley y sin que quepa margen interpretativo alguno, corren siempre a cargo de la sociedad cualquiera que sea la situación económica en que se encuentre.

En tercer lugar, el hecho de que las cuentas correspondientes no se hallen formuladas es irrelevante al efecto de determinar si procede o no la designación de auditor. En sociedades obligadas a la verificación de cuentas el nombramiento de auditor debe incluso ser anterior al cierre del ejercicio que ha de ser auditado (art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital), y consecuentemente anterior a la formulación de las cuentas. En sociedades no obligadas, el nombramiento puede solicitarse después de que el ejercicio esté cerrado cuando ya ha comenzado el plazo para la formulación de las cuentas y, en consecuencia, con independencia de su efectiva elaboración. Ciertamente, la previsión legal (arts. 253, 263, 265, 270 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital), es que el informe de verificación esté disponible al tiempo de la celebración de la Junta General que ha de aprobar las cuentas anuales pero dicha previsión no empece el derecho del socio minoritario a que se designe auditor, derecho que por tanto ni depende de la efectiva existencia de las cuentas ni de su aprobación en Junta *(vid.,* por todas, Resoluciones de 24 de julio y 24 de octubre de 2014).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil III de Valencia don Luis Orts Herranz, de fecha 14 de marzo de 2016.

Madrid, 6 de junio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 6 de junio de 2016 (3.ª)

En el expediente 39/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Corporación Empresarial Sánchez-Mohino Arias, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 3 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el día 9 del mismo mes, 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 «Corporación Empresarial Sánchez-Mohino Arias S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

Mediante escrito de 10 de marzo del mismo año, don Juan Enrique Pérez y Martín, Registrador Mercantil de Badajoz, notifica a la mercantil en cuestión la solicitud del citado socio de nombramiento de auditor de cuentas correspondiente al ejercicio 2015, previéndoles del derecho de oposición que les asiste.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del mencionado socio mediante escrito de 14 de marzo de 2016. En dicho escrito indica que el 1 de marzo de 2016 presentó en el Registro Mercantil de Badajoz certificación del acta de la Junta General Extraordinaria de 24 de febrero de 2016 en la que se designaba auditor voluntario a fin de proceder la auditoría de las cuentas del ejercicio de 2015, acta que pese a estar presentada en tal Registro Mercantil no ha podido ser inscrita al adolecer, a juicio del Registrador competente, de defectos subsanables.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín dictó resolución en fecha 21 de marzo de 2016 por la que acordó estimar la oposición formulada por la sociedad y considerar no conveniente la designación de un auditor de cuentas.

IV

Don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución mediante escrito fechado el día 8, en base al siguiente argumento: que la mencionada mercantil ha contado con tiempo suficiente para realizar el nombramiento del mencionado auditor que permitiera conocer la situación contable a los socios. Dicho nombramiento se aprobó por junta general extraordinaria el 24 de febrero, alegando defectos en la convocatoria así como en la gestión ordinaria de la sociedad, cuestión que excede del presente expediente. De esta manera sostiene el recurrente que el nombramiento de auditor por la sociedad enervará el derecho del socio minorista siempre y cuando concurran dos requisitos, que sea anterior a la presentación de la instancia por parte del solicitante en el registro Mercantil y que garantice el derecho del socio al informe de tal auditoría. Tales requisitos no concurren, en el presente expediente, a juicio del socio recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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 así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo muy reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo a dicha doctrina (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), 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 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, 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.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

2. En el expediente que da lugar a la presente la fehaciencia de la fecha del documento por el que se pretende acreditar la existencia de un nombramiento voluntario anterior es evidente, puesto que fue aprobada por junta general extraordinaria celebrada el 24 de febrero de 2016 y cuya acta es presentada para su inscripción en el Registro Mercantil de Badajoz el día 1 de marzo de 2016 causando el asiento de presentación 751 del libro diario 48. Dicha acta no ha podido causar los correspondientes asientos registrales al resultar defectuosa a juicio del Registrador competente.

Aún así conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada

resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* Resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario, que de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

3. No ocurre lo mismo con el requisito relativo al aseguramiento del interés protegible. En el supuesto de este expediente aún admitiendo que la sociedad ha justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud del socio, no ha acreditado en modo alguno que se haya adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado.

Efectivamente, no puede pretenderse que el informe de verificación esté completado en fecha cercana a la del cierre de ejercicio. Al respecto es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación por lo que su contabilidad no tiene porqué revestir una especial complejidad *(vide* arts. 254, 257, 258 y 261 en relación al artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital); b) que la sociedad no ha solicitado la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, inscripción que se puede verificar sin necesidad de elevar a público el acuerdo del órgano de administración (arts. 154 y 192 en relación al 141 del Reglamento del Registro Mercantil); c) que de conformidad con el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital el plazo ordinario para la elaboración del informe de verificación es el de un mes desde que se haya puesto a disposición del auditor la documentación oportuna; d) que al tiempo de emitir esta resolución han transcurrido cinco meses desde el cierre del ejercicio social; e) que de lo anterior resulta que ha transcurrido un plazo razonable para la emisión del informe de verificación y sin embargo la sociedad no lo ha aportado al expediente ni ha justificado en modo alguno que lo ha puesto a disposición del socio minoritario *(vide* art. 8 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).

Es también cierto que la inscripción de auditor voluntario no es obligatoria en principio pero no lo es menos que, de acuerdo a la constante doctrina de esta Dirección que ha sido por extenso recogida en las consideraciones anteriores, y a falta de entrega o puesta a disposición del informe de auditoría la sociedad está obligada a garantizar que el interés protegible que el socio minoritario ejerce mediante la solicitud prevista en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital está salvaguardado mediante la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento realizado, inscripción que evitará el depósito de las cuentas anuales del periodo a que se refiera el nombramiento si a las mismas no se acompaña el oportuno ejemplar del informe de verificación (art. 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín de fecha 21 de marzo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Badajoz.

Resolución de 6 de junio de 2016 (4.ª)

En el expediente 48/2016 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Figueras Seating Solutions, S.L.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 15 de abril de 2016, con entrada en este Ministerio el día 26 del mismo mes y año, el Registrador Mercantil de Barcelona, don Nicolás Nogales Colmenarejo, de conformidad con lo establecido en el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil, remite a esta Dirección General escrito de don ….., en representación de la compañía «Figueras Seating Solutions, S.L.», en su calidad de Vicepresidente del Consejo de Administración de la misma, en el que se solicita el nombramiento de la sociedad de auditoría «RSM Gasso Auditores, S. L. P.» –actualmente denominada «RSM Spain Auditores, S. L. P.»–, que motivó la apertura del expediente de designación de auditor número A 5736/16, en relación con las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2015 de la referida mercantil.

Con dicho acuerdo de remisión a este Centro Directivo se acompaña copia de las inscripciones obrantes en las hojas abiertas a nombre de la sociedad «Figueras International Seating, S.L.» (Sociedad Unipersonal) –actualmente denominada «Novadis Real Estáte, S.L.» (Sociedad Unipersonal)– y a nombre de «Figueras Seating Solutions, S.L.», de las que resulta:

a) El nombramiento voluntario, por parte de la sociedad «Figueras International Seating, S. L,» (Sociedad Unipersonal) –actualmente denominada «Novadis Real Estate, S.L.» (Sociedad Unipersonal)–, de la firma «RSM Gasso Auditores, S. L. P.» –actualmente deno-

minada «RSM Spain Auditores, S. L. P.»– como auditor para los ejercicios de 2013, 2014 y 2015 (inscripción 183.ª).

b) La segregación de la sociedad «Figueras International Seating, S.L.» (Sociedad Unipersonal) –actualmente denominada «Novadis Real Estate, S.L.» (Sociedad Unipersonal)– (inscripción 195.ª); así como la constitución de la sociedad «Figueras Seating Solutions, S.L.» como consecuencia de la segregación de la primera (inscripción 1.ª), a los pertinentes efectos.

II

Según se desprende de su escrito, el solicitante, don ….., en representación de la compañía «Figueras Seating Solutions, S.L.», considera que concurren circunstancias especiales para que el Registrador Mercantil inste a su vez a esta Dirección General, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, la designación como auditor de cuentas de la sociedad beneficiaria para 2015 a quien se halla designado para verificar las cuentas de la sociedad escindida para ese mismo ejercicio, que es la entidad «RSM Gassó Auditores, S. L. P.». Estas circunstancias serían, en esencia, las siguientes:

1.ª Que la sociedad Figueras International Seatings, S. L. –en la actualidad, Novadis Real Estate S. L., y a la que, en adelante, se alude como la «Sociedad Escindida»–, desarrollaba hasta 2015 la actividad de diseño, producción y comercialización de butacas y sillería de alta gama para espacios públicos.

2.ª Que con fecha 22 de octubre de 2015, la sociedad escindida acordó la segregación de su actividad industrial y comercial (la «Actividad Operativa») aportando dicha unidad económica a una sociedad de nueva creación denominada Figueras Seatings Solutions, S. L. (en adelante, la «Sociedad Beneficiaria»), manteniendo la sociedad escindida la titularidad de determinados activos (básicamente, determinados inmuebles y las participaciones sociales en la Sociedad Beneficiaria). Ambas sociedades se hallan inscritas en el Registro Mercantil de Barcelona, teniendo en cuenta que la fecha de efectos contables de la segregación se acordó que coincidiera con la fecha de adopción del acuerdo de segregación, es decir el 22 de octubre de 2015.

3.ª Que, con posterioridad a la indicada segregación, la sociedad acordó una ampliación de capital que fue suscrita por un nuevo socio, quien tomó el 60% del capital.

4.ª Que, como consecuencia de la operación de segregación descrita en la circunstancia 2.ª anterior, la actividad operativa indicada fue desarrollada durante el ejercicio 2015 por dos entidades: la sociedad escindida desde el 1 de enero hasta el 21 de octubre de 2015 y la sociedad beneficiaria desde el 22 de octubre hasta el 31 de diciembre del mismo año.

5.ª Que la sociedad escindida tiene como auditor designado para el ejercicio 2015 a «RSM Gassó Auditores, S. L. P.», según consta en la hoja abierta a dicha sociedad, inscripción 183.

6.ª Que la sociedad beneficiaria se halla obligada a auditar sus cuentas anuales desde su primer ejercicio, dadas las cifras de activos totales, cifra de negocios y número de trabajadores.

7.ª Que la sociedad beneficiaria no designó auditor para el ejercicio 2015, por lo que procede solicitar su designación por parte del Registro Mercantil de Barcelona, al amparo de lo dispuesto en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil.

8.ª Que en fecha 30 de marzo de 2016 el Consejo de Administración de la sociedad beneficiaria acordó solicitar el nombramiento de auditor al Registro Mercantil de Barce-

lona, adjuntándose como anexo certificación acreditativa de dicho acuerdo. En dicho acuerdo se solicita la designación como auditor de cuentas de la sociedad beneficiaria para 2015 al mismo auditor designado para auditar las cuentas de 2015 de «Figueras International Seatings, S.L.». Los motivos que fundamentan dicha solicitud son de eficiencia y seguridad, en concreto, y según resulta del escrito del solicitante:

a) En primer lugar, tratándose del auditor que ha verificado las cuentas de la actividad operativa durante los primeros diez meses del ejercicio en la sociedad escindida, resulta mucho más eficiente que lo haga respecto de la prosecución de dicha actividad durante los últimos dos meses en la sociedad beneficiaria, teniendo en cuenta su grado de conocimiento del negocio subyacente y la posibilidad de aplicar pruebas de auditoría homogéneas para ambas partes del mismo ejercicio.

b) En segundo lugar, el pleno conocimiento del auditor de la actividad desarrollada durante los primeros diez meses del ejercicio le habilita especialmente para verificar las cuentas de la sociedad beneficiaria durante su período de actividad, así como los efectos derivados de la operación de segregación descrita anteriormente, proporcionando con ello una mayor seguridad frente a terceros de que las opiniones que se vierten sobre las cuentas de una y otra sociedad (sociedad escindida y sociedad beneficiaria) son fundamentadas y coherentes entre sí.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, artículos 263, 264 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 355 y 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

1. El artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil regula la designación excepcional de auditor para la verificación contable de las cuentas de una sociedad soslayando el procedimiento ordinario regulado en el artículo 350 y siguientes del mismo reglamento. Dicho precepto confiere a esta Dirección General la facultad discrecional de valorar si las circunstancias alegadas en cada caso revisten o no el carácter de especiales justificando la postergación del procedimiento ordinario.

El artículo 356 se refiere en un primer momento y de forma genérica a la concurrencia de circunstancias especiales sin mayor determinación de lo que deba entenderse al respecto. La inteligencia del precepto sobre lo que son «circunstancias especiales» no es por tanto lo clara que hubiera sido deseable a fin de proporcionar un criterio sobre qué supuestos deben caer bajo su regulación. Sin embargo, esta aparente falta de claridad viene sobradamente compensada por el propio artículo si tenemos en cuenta:

a) Que considera supuesto de excepción el hecho de que la sociedad haya depositado cuentas del ejercicio anterior en las que la cuenta de pérdidas y ganancias no haya sido abreviada. El artículo 258 de la Ley de Sociedades de Capital determina a contrario que las sociedades están obligadas a formular cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada si reúnen al menos dos de las

circunstancias siguientes: «a) Que el total de las partidas de activo supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a doscientos cincuenta».

b) Que a continuación considera supuesto de excepción que la sociedad estuviera obligada a formular cuentas e informe de gestión consolidados lo que ocurrirá, de acuerdo con los artículos 42 y 43 del Código de Comercio cuando: la sociedad matriz o dominante deba presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada en los términos vistos o cuando la matriz o una de las filiales haya emitido valores admitidos a un mercado secundario oficial o cuando la sociedad matriz forme parte a su vez de un grupo mayor y se den determinadas circunstancias.

c) Que a continuación el número 2 del propio artículo 356 señala que los auditores que pueden designarse deben superar determinada capacidad en función del número de profesionales a su servicio y del volumen de horas facturadas.

De lo anterior cabe concluir que el Reglamento del Registro Mercantil solo considera que procede nombramiento de auditor fuera del procedimiento ordinario cuando el volumen y el movimiento económico de la sociedad son reveladores de un tamaño que justifica que las labores de auditoría sean llevados a cabo por una firma de auditoría que tenga capacidad suficiente para hacerse frente de semejante labor. De aquí se sigue que las otras «circunstancias especiales» a que se refiere el primer inciso del artículo 356.1 deben comprender aquellas otras que por derivar del volumen económico de la sociedad justifiquen el nombramiento de un auditor igualmente especial aun cuando no se ajusten exactamente a las previsiones de las letras a y b anteriormente señaladas.

2. Del escrito de solicitud resultan las circunstancias siguientes por las que se solicita la aplicación del procedimiento excepcional de nombramiento:

1.º La sociedad «Figueras International Seatings, S.L.», sociedad escindida, acordó con fecha 22 de octubre de 2015 la segregación de su actividad industrial y comercial aportando dicha unidad económica a una sociedad de nueva creación denominada «Figueras Seatings Solutions, S. L.», sociedad beneficiaria, manteniendo la sociedad escindida la titularidad de determinados activos.

2.º La fecha de efectos contables de la segregación se acordó coincidiera con la fecha de adopción del acuerdo de segregación, es decir, el 22 de octubre de 2015.

3.º Como consecuencia de la operación de segregación, la actividad operativa fue desarrollada durante el ejercicio 2015 por dos entidades: la sociedad escindida desde el 1 de enero hasta el 21 de octubre de 2015 y la sociedad beneficiaria desde el 22 de octubre hasta el 31 de diciembre del mismo año.

4.º La sociedad escindida ya tenía auditor designado para el ejercicio 2015, recayendo tal auditoría en «RSM Gassó Auditores, S. L. P.», según resulta de la hoja abierta a dicha sociedad, copia de la cual ha sido aportada a este expediente.

5.º Por su parte, la sociedad beneficiaria se halla obligada a auditar sus cuentas anuales ya desde su primer ejercicio, como resulta del expediente objeto de la presente, si bien, dicha sociedad no ha designado auditor para el ejercicio 2015 requerido, de modo que con fecha 30 de marzo de 2016 el Consejo de Administración de la sociedad beneficiaria acordó solicitar el nombramiento de auditor al Registro Mercantil de Barcelona, y que este encargo recayese en el mismo auditor designado para auditar las cuentas de 2015 de «Figueras International Seatings, S.L.», dadas las circunstancias señaladas.

6.º El conocimiento del auditor ya nombrado e inscrito respecto de la sociedad escindida de la actividad desarrollada durante los primeros diez meses del ejercicio por ésta, le habilita para verificar las cuentas de la sociedad beneficiaria durante su período de actividad desde la fecha de efectos de la escisión hasta el fin del ejercicio, proporcionando con ello una mayor seguridad frente a terceros de las opiniones que se vierten sobre las cuentas de una y otra sociedad, escindida y beneficiaria, en cuanto a homogeneidad y coherencia de las mismas.

7.º El Registro Mercantil de Barcelona, de donde procede la solicitud, no ha formulado alegación en contrario alguna.

3. A la luz de las consideraciones anteriores y de los hechos expuestos resulta que del escrito de solicitud resultan circunstancias especiales que justifica la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor por cuanto:

a) Concurren los presupuestos reveladores de volumen económico significativo.

b) La sociedad a que se refiere la solicitud es beneficiara de la escisión de otra respecto de la cual se encuentra ya nombrado e inscrito auditor en cuestión para el ejercicio a que se refiere dicha solicitud.

Procede igualmente que esta Dirección acepte que sea auditor determinado el que lleve a cabo las actuaciones de verificación. Es cierto que el sistema excepcional contemplado en el artículo 356 no exime de que el nombramiento se haga en función de la disponibilidad de auditores y de modo aleatorio o sucesivo, pero dadas las facultades discrecionales que se reconocen a esta Dirección General, la complejidad de la situación y la relación de hechos expuesta, procede la estimación de la solicitud también en este punto.

En su virtud, esta Dirección General resuelve:

1.º Procede la aplicación del procedimiento excepcional previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil para la designación de auditor de cuentas de la sociedad «Figueras Seating Solutions, S.L.», a fin de

que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Designar a la firma de auditoría «RSM Gasso Auditores, S. L. P.» –actualmente denominada «RSM Spain Auditores, S. L. P.»– para que lleve a cabo las labores de auditoría.

3.º Devolver el expediente al Registro Mercantil de Barcelona a fin de que proceda al nombramiento de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil. Dado que la solicitud ha sido formulada en ejecución de acuerdo del consejo de administración no es preciso llevar a cabo la notificación a la sociedad prevista en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, tal y como se hace constar en otrosí digo del escrito de solicitud.

En consecuencia, el Registrador en comisión que suscribe propone estimar la solicitud formulada ante esta Dirección General y que se resuelva en los términos anteriores.

Madrid, 6 de junio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 10 de junio de 2016 (1.ª)

En el expediente 20/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Parma Habitat, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentaron un escrito de fecha 2 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 4 de febrero del mismo año, 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 «Nueva Sanabria, S.A.», que era la anterior denominación de la mercantil «Parma Habitat, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que la sociedad ya había procedido a nombrar auditores que verificaran las cuentas del año 2015 a la sociedad «Dhobal Auditores, S.L.», y su nombramiento y aceptación estaban inscritos en el Registro Mercantil en fecha 26 de noviembre de 2015, siendo sus datos registrales los siguientes: Tomo 12691, folio 130, sección 8, hoja M 203251, I/A 17.

III

La Registradora Mercantil VI de Madrid, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez dictó resolución en fecha 17 de febrero de 2016, desestimando la solicitud de nombramiento de auditor, por resultar inscrito el nombramiento y aceptación de la sociedad antedicha.

IV

Don ….., y don ….., por escrito de fecha 9 de marzo de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interponen recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando el abuso del derecho y la mala fe de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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, así como las resoluciones citadas en el texto.

De forma reiterada (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), 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 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, 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 presente caso no cabe duda pues el nombramiento de auditor está inscrito en el Registro Mercantil antes de la solicitud de los socios, garantizándose el derecho que asiste a los socios a un auditor de cuentas que verifique las de su sociedad.

En segundo lugar, también se ha rechazar la alegación que cuestiona la buena fe 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.* arts. 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.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil VI de Madrid, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez, de fecha 17 de febrero de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 10 de junio de 2016 (2.ª)

En el expediente 22/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Iglecotex, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito, dirigido al Registro Mercantil de A Coruña, en el que tuvo su entrada el 2 de marzo de 2016, 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 «Iglecotex, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad dentro del plazo legal no se opuso a la pretensión del socio.

III

El Registrador Mercantil de La Coruña, don Juan Carlos González Nieto dictó resolución en fecha 17 de marzo de 2016 por la que acordó estimar la solicitud y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., como administradora de la sociedad «Iglecotex, S.L.», por escrito de fecha 22 de marzo de 2016, que tuvo entrada el 30 de marzo de 2016 en la Delegación de Gobierno en Galicia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando la existencia de fraude de ley y abuso del derecho por parte del socio solicitante reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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, así como las resoluciones citadas en el texto.

La solicitud que en el presente expediente nos ocupa, ha motivado que el Registrador Mercantil de La Coruña haya declarado la procedencia del nombramiento de auditor solicitado al haberse reunido los requisitos que la Ley exige para ello y que son en primer lugar la legitimación del solicitante aportando un medio de prueba que lo justifique, en segundo lugar que se presente dentro de plazo y en tercer lugar que la sociedad no se oponga dentro del plazo recogido en el Reglamento Hipotecario a la citada pretensión.

La recurrente alega la existencia de mala fe por parte de la 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 contrario, el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 1.902 del Código Civil) para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de La Coruña, don Juan Carlos González Nieto de fecha 17 de marzo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de A Coruña.

Resolución de 13 de junio de 2016 (1.ª)

En el expediente 14/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Angelo y Alessandro, S. R. L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 18 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el mismo día 18 de enero, 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 25% del capital social de «Angelo y Alessandro, S. R. L», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad, por escrito de fecha 27 de enero de 2016 dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 8 de febrero del mismo año, mediante su administrador don ….., se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, la imposibilidad económica de hacer frente a los gastos generados por la auditoría.

III

El Registrador Mercantil de Barcelona XVI, don Francisco Javier González del Valle García, dictó resolución con fecha 15 de febrero de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….. mediante escrito de fecha 26 de febrero de 2016 y que tuvo entrada el día 1 de marzo del mismo año en el Registro Mercantil de Barcelona, en su calidad de administrador, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

Los costes de la verificación contable, de acuerdo con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, integrados esencialmente por el importe de los

honorarios profesionales (art. 267 del mismo texto legal), corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero, 30 de julio, 4 y 5 de agosto de 2014, entre otras), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación por lo que, con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Barcelona XVI, don Francisco Javier González del Valle García con fecha 15 de febrero de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 13 de junio de 2016 (2.ª)

En el expediente 15/2016 sobre renuncia y solicitud de cancelación de los nombramientos de auditor promovidos por una socia de «Puertomenor, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escritos dirigidos al Registro Mercantil de Madrid en los que solicitó, 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 «Puertomenor, S.A.», el nombramiento de auditores que verificaran las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2009 y 2011.

II

Los registradores mercantiles de Madrid don José Antonio Calvo y González de Lara y don Alfonso Presa de la Cuesta, resolvieron en fecha 1 de junio de 2010 y 14 de junio de 2012 los nombramientos de don …..y de «Stemper auditores, S.L.» para llevar a cabo los trabajos de verificación de cuentas correspondientes los ejercicios 2009 y 2011 de la sociedad «Puertomenor, S.L.», respectivamente.

III

Mediante escrito de fecha 4 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 5 de febrero 2016, doña ….. manifestó su renuncia al derecho material a la emisión de los informes de auditoría de las cuentas anuales de los ejercicios 2009 y 2011 por los auditores designados por el Registro Mercantil de Madrid y que causaron las inscripciones 35.ª y 39.ª en la hoja abierta a la sociedad y solicitó la cancelación de las citadas inscripciones, así como acceder al depósito de las cuentas anuales interesado por la compañía y, entre estas, las correspondientes a los ejercicios 2009 y 2011.

IV

El Registrador Mercantil de Madrid, don José Antonio Calvo y González de Lara dictó resolución en fecha 9 de febrero de 2016 por la que acordó no admitir la renuncia.

V

Doña ….., por escrito de fecha 2 de marzo de 2016, que se presentó en la Oficina de Correos el día 4 del mismo mes y año y que tuvo entrada el 9 de marzo de 2016 en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º) En cuanto a la validez de la renuncia al auditor designado en el expediente 252/2010, el informe de auditoría de cuentas anuales del ejercicio 2009 elaborado el 28 de julio de 2010 por el auditor (don Antonio Roldán Rabadán) designado por este Registro Mercantil a solicitud de la recurrente no solamente tuvo por objeto unas cuentas anuales cuya aprobación fue declarada nula y por tanto inexistente por las sentencias de 15 de marzo de 2011 del Juzgado Mercantil núm. 9 de Madrid, confirmada por la núm. 192/2012 de 15 de junio de 2012 de la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, sino que, además, las cuentas anuales del ejercicio 2009 fueron reformuladas el 30 de septiembre de 2014 corrigiendo errores y las irregularidades detectadas en las mismas, siendo estas nuevas cuentas anuales objeto del informe de auditoría de doña ….. de 1 de diciembre de 2014, aprobadas por la Junta General de la sociedad de 20 de febrero de 2016 y presentadas a depósito. La renuncia es anterior a que exista un informe de auditoría emitido por el auditor designado por el Registro, don ….., respecto de las cuentas anuales de 2009, reformuladas el 30 de septiembre de 2014 y sometidas a la aprobación de la Junta General. 2.º) En cuanto a la validez de la renuncia al auditor designado en el expediente 288/2012, el auditor designado por el Registro para verificar las cuentas del ejercicio 2011, tras aceptar el cargo, finalmente y conforme al artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil emitió informe con opinión denegada por limitación absoluta en el alcance de sus trabajos, por no habérsele facilitado ninguna documentación por la sociedad. Tal y como se manifestó en el escrito de oposición del meritado expediente

la sociedad «Puertomenor, S.A.» no dispone de las cuentas anuales del ejercicio 2011 que pudieran facilitarse a un auditor en caso de nombrarse el mismo, porque su administrador señor don ….., se encuentra de baja médica, no pudiendo acudir al domicilio social desde abril de 2011. Por Auto del Juzgado de Primera Instancia número 95 de Madrid, dictado en procedimiento 886/2012, seguido frente a don ….. para su incapacitación judicial por demencia senil, entre otras medidas cautelares se acordó la del nombramiento al demandado de un administrador provisional de bienes, cargo para el que fue designado don ….. Asimismo en el auto se acordó la anotación preventiva de la demanda en el Registro Mercantil donde figure don …..como administrador, presidente o cualquier otro cargo que ostente en sociedades de todo tipo. Carece de sentido el que no sea posible la renuncia a la designación del auditor nombrado en el expediente 288/2012 al haber éste emitido informe con opinión denegada por limitación absoluta en el alcance de sus trabajos, y paralelamente, señalar como defecto subsanable en la calificación de la solicitud de depósito de cuentas de 11 de febrero de 2016 del ejercicio 2011 que «no se aporta un ejemplar del informe emitido por el auditor independiente nombrado por este Registro Mercantil». En definitiva, o por estar cerrado el expediente no cabe exigir informe de auditoría de las cuentas anuales de 2011 del auditor independiente designado en el expediente 288/2012 para que la compañía pueda proceder a su depósito, o si pese a ello ese Registro Mercantil considera que aquel informe ha de acompañarse ello deberá conllevar la reapertura del expediente o en su defecto la incoación de otro nuevo, encontrándose en ambos casos la recurrente plenamente facultada para renunciar a su derecho de solicitar tal nombramiento como accionista de «Puertomenor, S.A.». 3.º) Derecho a una resolución motivada, no incursa en irrazonabilidad ni error patente (art. 24 de la Constitución Española y sentencia 1/2014, de 13 de mayo, recaída en el recurso de amparo 3121/2011).

Al escrito de recurso se acompañan los siguientes documentos: 1.º) Escrito de fecha 22 de marzo de 2009, presentado en el Registro Mercantil de Madrid el día 26 de marzo de 2009 por el que doña ….. solicitó, como titular de más del 5 por ciento de las acciones en que se divide el capital social de «Puertomenor, S.A.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas correspondientes al ejercicio 2009. 2.º) Resolución del Registrador Mercantil número IX de Madrid, don José Antonio Calvo y González de Lara por el que designó auditor para verificar las cuentas del ejercicio 2009 de «Puertomenor, S.A.» a don ….., de fecha 1 de junio de 2010. 3.º) Escrito de aceptación de la designación antes aludida, de fecha 1 de junio de 2010. 4.º) Solicitud de prórroga del plazo para emitir el informe de auditoría de cuentas de la sociedad «Puertomenor S.A.» relativo al ejercicio 2009 realizada por don …..el día 24 de junio de 2010. 5.º) Diligencia de cierre del expediente 252/2010, de fecha 2 de agosto de 2010, por haber comunicado el auditor designado haber emitido informe con opinión denegada por limitación absoluta de sus trabajos, emitida por el Registrador Mercantil de Madrid don José Antonio Calvo y González de Lara. 6.º) Sentencia de 15 de marzo de 2011 dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid en el Procedimiento 932/2010 por la que se declara la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General de 22 de septiembre de 2010 en relación al punto primero del orden del día consistente en la «aprobación de las cuentas anuales, informe de auditoría y gestión de la sociedad si procede con aplicación del ejercicio 2009». 7.º) Sentencia 192/2012 dictada por la sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación 407/2011 por la que se confirma íntegramente la resolución anterior. 8.º) Resolución del Registrador Mercantil número XVI de Madrid, de fecha 29 de marzo de 2011 por la que se desestima la oposición interpuesta y se procede al nombramiento de auditor de cuentas para efectuar la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010 de la sociedad «Puertomenor, S.A.». 9.º) Informe con opinión denegada emitido por doña Esther Alfonso Evisa, auditora designada por el Registrador Mercantil para la revisión de las cuentas del ejercicio 2011, de fecha 7 de octubre de 2011. 10.º) Escrito de fecha 28 de marzo

de 2012, presentado en el Registro Mercantil de Madrid el día 29 de marzo de 2012 por el que doña ….. solicitó, como titular de más del 5 por ciento de las acciones en que se divide el capital social de «Puertomenor, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas correspondientes al ejercicio 2011. 11.º) Escrito de fecha 12 de abril de 2012 en el que la sociedad se opone a la solicitud efectuada por doña ….., relativa al nombramiento de auditor para que verifique las cuentas correspondientes al ejercicio 2011. 12.º) Poder general y especial para pleitos, autorizado el día 24 de abril de 2012 por el Notario de Madrid don José-María Mateos Salgado, 1556 de su protocolo. 13.º) Oposición planteada por la mercantil al expediente 288/2012 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia, de fecha 12 de abril de 2012. 14.º) Resoluciones del Registrador Mercantil número XVII de Madrid, de fecha 5 de mayo y 14 de junio de 2012 don Alfonso Presa de la Cuesta, por las que se procede al nombramiento de auditor y se designa a la entidad «Stemper Auditores» para que revise las cuentas correspondientes al ejercicio 2011 de la mercantil «Puertomenor, S.A.», respectivamente. 15.º) Escrito de fecha 14 de junio de 2012 en el que don ….., en su calidad de administrador único de «Stemper Auditores, S.L.» acepta de la designación efectuada por el Registrador Mercantil de Madrid, relativa a la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2011 de la sociedad «Puertomenor, S.A.». 16.º) Informe emitido por don …..el 13 de julio de 2012 en el que emite informa con opinión denegada sobre las cuentas anuales del ejercicio 2011 de «Puertomenor, S.A.». 17.º) Diligencia del Registrador Mercantil por el que da por cerrado el expediente 288/2012 por haber recibido informe con opinión denegada por limitación absoluta en el alcance de sus trabajos del auditor designado para la verificación de las cuentas de la sociedad «Puertomenor, S.A.» del ejercicio 2011. 18.º) Auto de 4 de julio de 2012 del Juzgado de Primera Instancia número 95 de Madrid, dictada en procedimiento 886/2012 seguido contra don …..para su incapacitación, por el que se estima parcialmente la solicitud de medida cautelar. 19.º) Diligencia de aceptación y Juramento del cargo de administrador provisional. 20.º) Escritura de protocolización de documento otorgada por los cónyuges doña ….. y don ….., autorizada por el notario de Madrid don Jaime García-Rosado y García el día 1 de julio de 1987, número 2156 de su protocolo. 21.º) Información mercantil emitida en el 5 de febrero de 2016 sobre la mercantil «Puertomenor, S.A.». 22.º) Resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 31, 87, 89, 90, 91, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 342 y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, 6.2 del Código Civil, artículo 22 del Código de Comercio, artículos 17 y 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 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, 11 de enero de 2012, 29 de octubre y 21 de noviembre de 2013.

1. Analizadas las diversas causas de recurso alegadas por la recurrente como fundamento de su pretensión, la cuestión principal que se plantea en este expediente se centra en determinar si, nombrados auditores para los ejercicios 2009 y 2011 a instancia de una socia, 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 de la socia minoritario. El registrador entiende que no puede admitirse la renuncia presentada en 2016, una vez que se remitieron por los auditores nombrados los escritos acreditando la emisión de los informes, pues admitirla sería contrario a la legislación vigente en materia de auditoría y depósito de cuentas. La recurrente, por su parte, argumenta que sus pretensiones ya han sido atendidas, al haberse realizado los informes de auditoría de los citados ejercicios por doña Esther Alfonso Evisa.

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 del propio Texto Refundido de la 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, pero nada obsta a que la interesada, de conformidad con las reglas generales del ordenamiento, renuncie al derecho reconocido. Es decir, el desistimiento es 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. Siendo cierto lo anterior, es importante destacar que no debe confundirse el desistimiento con el supuesto que se produce cuando, reconocido el derecho en que se basa la pretensión de la interesada mediante el oportuno nombramiento, ésta 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 la interesada renuncia.

Efectivamente, finalizado el procedimiento con reconocimiento de la pretensión de la interesada (en este caso, reconocimiento del derecho a que se nombre auditor para dos ejercicios concretos *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 la interesada, de conformidad con las reglas generales del ordenamiento, renuncie al derecho que se reconoció a su favor.

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, cuando concurran los presupuestos para su admisión, 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, habrían de hacerse constar, cuando fuera procedente, 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.

3. 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 solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

De conformidad con la regulación sustantiva, la renuncia solo 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, en particular la necesidad de que la renuncia se produzca antes de que se hayan emitido por los auditores designados los informes correspondientes.

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, que en este supuesto ejerció en relación al expediente relativo al nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas del ejercicio 2011, no haciéndolo en cambio respecto del expediente instado para la verificación de las cuentas del ejercicio 2009 (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. En el supuesto que da lugar a este expediente la persona a cuyo favor se reconoció el derecho al nombramiento de auditor de cuentas para los ejercicios 2009 y 2011 presentó un escrito ante el Registrador Mercantil del que resulta su voluntad inequívoca de renunciar al derecho reconocido. Así resulta del escrito de fecha 4 de febrero de 2016 en el que, tras reconocer el hecho de que los nombramientos de auditores para los ejercicios 2009 y 2011 ya se habían producido, así como la circunstancia de que éstos habían emitido informe de opinión denegada por limitación absoluta en el alcance de sus trabajos, afirma que la pretensiones que ejercitó contra la sociedad han sido satisfechas. Sin embargo, tal y como se señaló anteriormente, la renuncia debe ser anterior a la emisión de los informes de auditoría designados por los registradores mercantiles, no concurriendo esta circunstancia en relación a ninguno de los dos expedientes en cuestión.

En caso de que hubieran concurrido los requisitos para la apreciación de la renuncia, lo sería siempre sin perjuicio de tercero por lo que el auditor cuyo cargo habría quedado revocado por la renuncia podría exigir de la sociedad los derechos que se hubieran devengado de conformidad con lo establecido en el artículo 267 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

No obstante, una vez expuesto lo anterior, siendo la renuncia posterior a los informes emitidos por los auditores designados no cabe admitir la pretensión solicitada.

5. En relación a la validez de la renuncia al auditor designado en el expediente 252/2010, la recurrente sostiene que el informe emitido por el auditor designado no solo tuvo por objeto unas cuentas declaradas nulas, sino que además las mismas tuvieron que ser reformuladas. Sin embargo, esta circunstancia no puede ser considerada fundamento hábil para revocar la resolución del Registrador Mercantil.

6. Del mismo modo, tampoco puede ser apreciada la razón de recurso consistente en que el auditor designado para la verificación de las cuentas del

ejercicio 2011, emitió informe con opinión denegada por limitación absoluta de sus trabajos, al no habérsele facilitado documentación alguna, circunstancia ésta última que la solicitante relaciona directamente con el procedimiento para la incapacitación judicial del entonces administrador de la mercantil.

7. Por último, no puede ser admitida la tercera causa de recurso consistente en la falta de motivación de la resolución que se recurre, así como en estar incursa en falta de razonabilidad y error patente, puesto que la resolución recurrida está suficientemente fundamentada y razonada. No puede apreciarse la indefensión a que alude la recurrente, no solo por lo ya expuesto, sino también porque en todo caso ha podido alegar todo cuanto a su derecho conviniera a través del presente trámite, extendiendo su argumentación, más allá de como lo hizo en su escrito inicial de renuncia.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil número IX de Madrid, don José Antonio Calvo y González de Lara, de fecha 9 de febrero de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 13 de junio de 2016 (3.ª)

En el expediente 18/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «A3 Ascensores, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 19 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Murcia, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del

artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular del 33,33% del capital social de «A3 Ascensores, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015. Se acompaña certificación literal de la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil de Murcia.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el socio solicitante carece de legitimación por ser titular del 2,81% de las participaciones en que se divide el capital social, sin acreditarlo documentalmente y sin que ello resulte del propio Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil de Murcia, don Bartolomé Nieto García dictó resolución en fecha 9 de febrero de 2016 por la que acordó desestimar la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Posteriormente, con fecha 4 de marzo de 2016 se procede por el Registrador Mercantil de Murcia a la inscripción del acuerdo de aumento de capital, según resulta del expediente, que fue objeto de la inscripción 4.ª

V

Don ….., actuando en nombre y representación de la sociedad como administrador único, por escrito de fecha 7 de marzo de 2016, que tuvo entrada el 10 de marzo de 2016 en el Registro Mercantil de Murcia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que el solicitante de auditoría carece de legitimación por ser titular del 2,81% de las participaciones en que se divide el capital social, consecuencia del acuerdo de aumento de capital social adoptado en Junta General Extraordinaria celebrada el 27 de julio de 2015. Habida cuenta del carácter meramente declarativo y no constitutivo de la inscripción del aumento de capital, que solo deviene obligatoria desde que se documenta públicamente aquel acuerdo, carece el solicitante, a la fecha de la solicitud, del porcentaje mínimo de capital social para solicitar la auditoría. Se acompaña copia de escritura de elevación a público de acuerdos sociales autorizada por el notario de Murcia don Andrés Martínez Pertusa el día 18 de febrero de 2016, número 355 de su protocolo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2,

313 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 82, 198 y siguientes, y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La única cuestión a dilucidar, que ya se plantea en el escrito de oposición de la sociedad, y que se ratifica en el recurso, es la relativa a la trascendencia que en orden a la legitimación del socio que solicita el nombramiento de auditor por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital tiene la existencia de un acuerdo de aumento de capital, no habiéndose producido en el momento de la oposición la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil.

Para resolverla ha de tenerse en cuenta la reiterada doctrina de esta Dirección General, según la cual, el momento que ha de considerarse si el socio solicitante del nombramiento, reúne o no la titularidad de la participación social, suficiente o no, para estar legitimados en orden al ejercicio de este derecho, es el del ejercicio del mismo, es decir, el momento dentro del plazo legal de los tres meses, en el que se presenta la instancia de solicitud, de tal manera que, ostentándose en ese momento al menos el 5 por 100 del capital social debe accederse al nombramiento. Ello no es contradictorio con el hecho, de que esa legitimación ha de tenerse además y mantenerse durante su tramitación.

Tradicionalmente este Centro Directivo ha mantenido, en orden al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil, que el acuerdo de ampliación de capital no conllevaba por sí solo una variación efectiva del capital social, debiéndose por tanto tener en cuenta lo que resulte de los asientos regístrales, atribuyendo efectos constitutivos a dichas modificaciones estatutarias (Resolución de 8 de octubre del 1999, 17 de noviembre de 1999 y 3 de diciembre del 99, 19 de junio de 2010 y 7 de octubre de 2013, entre otras).

Sin embargo, esta doctrina debe ser revisada, puesto que no es conforme con la mantenida por esta Dirección General en otras sedes, como las resoluciones de 22 octubre de 2003 y 11 de enero de 2005 en las que se concluye que la sociedad puede elegir el momento de elevar a público sus acuerdos sociales habida cuenta del carácter declarativo y no constitutivo de la inscripción del aumento de capital en el Registro Mercantil. Del mismo modo, tampoco se adecúa a los pronunciamientos de los tribunales, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de febrero de 2012, en la que se concluye que la eficacia del acuerdo de ampliación de capital frente a la sociedad «debe reconocerse desde el momento en que dicho acuerdo esté ejecutado mediante suscripción, desembolso y adjudicación, en este caso, de las nuevas participaciones sociales, sin perjuicio de que frente a terceros de buena fe no resulte eficaz en tanto no se practique la oportuna inscripción, como consecuencia de los principios de legitimación y fe pública». Añade que «como destaca un importante sector doctrinal, la ampliación de capital puede estar ejecutada por completo aun cuando no esté documentada, inscrita y publicada». En este mismo sentido, el Tribunal Supremo ha determinado la natura-

leza declarativa de la inscripción de aumento de capital en alguno de sus pronunciamientos (sentencia de 30 de marzo de 1999, entre otros).

Así pues, atendiendo al caso concreto que se plantea en este expediente, es preciso determinar si un aumento de capital social acordado con anterioridad a la solicitud de nombramiento de auditor y en virtud del cual el socio solicitante dejaría de ser titular de participaciones que representen al menos el 5% del capital social, pero no elevado a público, ni inscrito en el Registro Mercantil hasta un momento posterior a la oposición, puede ser tenido en cuenta a los efectos del cómputo del porcentaje de capital del socio peticionario.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la respuesta debe ser necesariamente afirmativa. Para llegar a esta conclusión, en relación a la legitimación del socio solicitante, es preciso distinguir los efectos del acuerdo de aumento no inscrito según estos se produzcan frente a terceros o en el ámbito interno de la sociedad, esto es, en la relación que existe entre la sociedad y sus partícipes.

En el primer caso, para que el aumento o ampliación de capital surta efectos frente a terceros de buena fe, se exige que el acuerdo se otorgue en escritura pública y que se proceda a su inscripción en el Registro Mercantil y publicación en su Boletín Oficial, de modo que sin estos requisitos la pretendida ampliación no surtirá efectos frente a terceros.

Sin embargo, en el segundo supuesto, debe sostenerse que la eficacia de un acuerdo de aumento de capital frente a la sociedad deberá reconocerse desde el momento en que dicho acuerdo quede ejecutado mediante la suscripción, desembolso y adjudicación de las nuevas participaciones. Asimismo, la relación entre la sociedad y sus partícipes, y de éstos entre sí, quedará alterada desde ese momento y no desde la inscripción del mismo en el Registro Mercantil que, si bien robustecerá los efectos jurídicos del aumento de capital, tiene efectos declarativos y de eficacia frente a terceros (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de octubre de 2003 y de 11 de enero de 2005, entre otras).

Por lo tanto, el socio solicitante fue titular del 33,3% de las participaciones en que se dividía el capital social, pero dejó de serlo como consecuencia del acuerdo de aumento de capital adoptado en Junta General Extraordinaria celebrada en el 27 de julio de 2015, estando presente todo el capital social en la misma, pasando a ser titular del 2,81% de las participaciones en que se divide el capital social, no ostentando el porcentaje de participaciones mínimo exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de capital para estar legitimado para solicitar del Registrador Mercantil, dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social, el nombramiento de auditor para que verifique las cuentas del ejercicio económicamente anterior.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Murcia, don Bartolomé Nieto García, de fecha 9 de febrero de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Murcia.

Resolución de 15 de junio de 2016

En el expediente 19/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Manserxica Inversions, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 11 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el 15 de enero de 2016, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular del 35,83% del capital social de «Manserxica Inversions, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la actividad de la sociedad se encuentra en fase de lanzamiento, con un volumen de operaciones aún en estado embrionario. 2.º Tensiones de tesorería que no se verán favorecidas con gastos como el que representa una auditoría. 3.º Las cuentas del ejercicio 2015 se presentarán en julio de 2016. Los cierres contables están a disposición de los socios en una asesoría contratada por la empresa.

III

El Registrador Mercantil de Barcelona núm. XV, don Jaime Sansa Torres X dictó resolución en fecha 5 de febrero de 2016 por la que acordó no admitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 4 de marzo de 2016, que presentó en la Oficina de Correos el mismo día y que tuvo entrada el 7 de marzo de 2016 en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, y además añadiendo que la sociedad no puede soportar los costes de una auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los motivos de impugnación merece ser estimado. Las circunstancias de que la sociedad iniciase sus operaciones en julio de 2015, su actividad se encontrase en fase de lanzamiento, y que su volumen de operaciones sea embrionario no son causas hábiles para enervar la solicitud del socio peticionario de la auditoría. Tal y como señala el Registrador Mercantil de Barcelona, la sociedad, desde el momento de su constitución e inscripción en el Registro Mercantil, adquirió personalidad jurídica propia en forma de sociedad limitada, quedando sujeta a sus normas reguladoras. De este momento, todo socio que reúna participaciones que representen al menos el 5% del capital social y que presente su solicitud dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social tiene derecho a que sea atendida su solicitud, siempre que no concurra, como es el caso, alguna de las causas consideradas hábiles por este Centro Directivo para frustrar dicha petición.

2. Respecto de los costes que pueda generar la auditoría, 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 las tensiones de tesorería o las dificultades de la sociedad para costear la auditoría, incluso en el supuesto de ser reales, no pueden impedir el ejercicio del derecho de los socios minoritarios a la verificación contable del ejercicio como ha reiterado este Centro Directivo (por todas, resolución de 30 de agosto de 2012).

3. Tampoco las circunstancias de que se vayan a presentar las cuentas en julio de 2016 o que los cierres contables están a disposición de los socios en una asesoría contratada por la empresa pueden cercenar un derecho individual de los socios como es el de que se verifiquen las cuentas anuales. Con independencia de que los socios ejerzan el derecho de información que les reconoce el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital y con independencia del deber de los administradores de proporcionar a los socios los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día *ex* artículo 196 del mismo cuerpo legal, los socios disponen adicionalmente del derecho a que se verifiquen las cuentas anuales. Esta Dirección General ha reiterado 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 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, de modo 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 su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Barcelona, don Jaime Sansa Torres, de fecha 5 de febrero de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 16 de junio de 2016 (1.ª)

En el expediente 23/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Estación de Servicio Sinesio Delgado, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., doña ….., doña María ….. y don ….. presentaron escrito de fecha 16 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 17 del mismo mes y año, en el que solicitaron, 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 5% del capital social de «Estación de Servicio Sinesio Delgado, S.L.» el nombramiento de auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad, por escrito de fecha 29 de febrero de 2016 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día 29, mediante su administradora solidaria doña ….., se opuso a la pretensión de los socios alegando, en esencia, que los solicitantes, si bien están haciendo uso de un derecho objetiva y externamente legal, es un abuso de derecho en tanto que solo responde al intento de obstaculizar el correcto y fluido funcionamiento de la vida social de la mercantil.

III

El Registrador Mercantil de Madrid XIX, don Manuel Álvarez Gómez, dictó resolución en fecha 2 de marzo de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., como administradora solidaria de la sociedad, por escrito de fecha 10 de marzo de 2016, que tuvo su entrada el día 15 del mismo mes y año en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo que el socio ejerce su derecho de modo antisocial en forma contraria al artículo 7 del Código Civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

No puede estimarse el recurso interpuesto por cuanto el motivo alegado por la sociedad de la situación de abuso de derecho que provoca la actuación de los socios instantes y las posibles consecuencias de contenido negativo para la sociedad no puede imponerse al derecho individual de los socios a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

En este sentido, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (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 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid XIX, don Manuel Álvarez Gómez de fecha 2 de marzo de 2016.

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

Madrid, 16 de junio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 16 de junio de 2016 (2.ª)

En el expediente 24 /2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Lauragas, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 26 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Tarragona, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular del 21% del capital social de «Lauragas, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad por escrito de fecha 11 de febrero de 2016 dirigido al Registro Mercantil de Tarragona, con entrada en la correspondiente oficina de correos el mismo día 11 de febrero, mediante su administradora doña …..., se opuso a la pretensión del socio alegando estar ya aceptado el cargo por otro titular con anterioridad a la solicitud del socio en cuestión.

Con dicho escrito acompañaba la aceptación del cargo de auditor titular y suplente firmada por los mismos el 15 de enero de 1016 y las normas de auditoría firmadas por ambas partes.

III

El Registrador Mercantil de Tarragona, dictó resolución con fecha 17 de febrero de 2016 por la que acordó desestimar la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., en calidad de administradora de la mercantil, por escrito de fecha 14 de marzo de 2016, que se presentó en la Oficina de Correos el mismo día 14 de marzo de 2016, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando en esencia los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

El artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil determina que el plazo para la interposición de recurso es de 15 días computado desde la fecha de la notificación de la resolución, y asimismo resulta del pie de recurso de la resolución recurrida de fecha 17 de febrero de 2016 por la que se acordó desestimar la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

Si se tiene en cuenta que la resolución recurrida fue notificada a la sociedad recurrente y recibida por ésta el 23 de febrero de 2016, como resulta del acuse de recibo que obra en el expediente y que el escrito de recurso es de fecha 14 de marzo de 2016, el cual se presentó en la Oficina de Correos ese mismo día 14 de marzo, no cabe sino declarar su extemporaneidad y proceder a su inadmisión, toda vez que el transcurso de los plazos legales para recurrir determina que el acto impugnado alcance firmeza, produciendo desde entonces los efectos que le son propios.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Tarragona de fecha 17 de febrero de 2016.

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

Madrid, 16 de junio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Tarragona.

Resolución de 16 de junio de 2016 (3.ª)

En el expediente 25/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Resaga, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 12 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, en el que tuvo su entrada el día 13 del mismo mes y año, 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 del 50% del capital social de «Resaga, S. L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

Con dicha solicitud acompaña copia de sendas escrituras de compra-venta de participaciones sociales de fechas 8 de octubre y 27 de diciembre de 2013 otorgadas ante el notario de Durango don Néstor José Almarza de la Peña y por las que adquiere dicho 50 % –mil participaciones por cada escritura–, así como acta de identificación de titular real de fecha 8 de octubre de 2013 autorizada por el referido notario, en la que comparece don……en su condición de administrador único de la mercantil en cuestión, y en la que viene a manifestar que, como consecuencia de la primera de las escrituras de compraventa no existe titular real de la entidad «Resaga, S.L.», esto es, se entiende, que no existe ningún socio con más del 25 % de las participaciones de la citada mercantil.

Completa el interesado su solicitud declarando al respecto que dichas participaciones sociales continúan siendo de su propiedad.

II

Por escrito de fecha 29 de enero de 2016 dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, con entrada en la correspondiente oficina de correos el día 1 de febrero, y el día 2 en el registro mercantil competente, mediante su administrador único don……, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, que no se reconoce la legitimación activa del solicitante por cuanto la compraventa de participaciones no ha sido comunicada a la sociedad y, en consecuencia, no constan en el libro registro de socios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de los estatutos sociales que, en lo que a este expediente interesa, viene a disponer que «toda transmisión de participaciones sociales...deberá formalizarse en documento público y comunicarse por escrito a la sociedad para su constancia en el libro registro...», y, por tanto, vulnerado dicho precepto estatutario, el solicitante no podrá ejercer el derecho a que sea nombrado auditor que lleve a cabo la auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2015.

III

Por escrito de fecha 26 de febrero de 2016 dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, con entrada en la correspondiente oficina de correos ese mismo día 26, y el día 29 del mismo mes y año en el registro mercantil competente, don …..presentó alegaciones a la vista de la oposición formulada por la sociedad, reiterando los argumentos de su escrito de solicitud inicial que se dan por reproducidos, insistiendo a los efectos oportunos en las escrituras a que hizo referencia en su escrito de solicitud de nombramiento de auditor y manifestando que por parte de la sociedad y respecto de esa documentación citada no se ha formulado alegación alguna.

IV

El Registrador Mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata dictó resolución con fecha 2 de marzo de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición.

V

Don ….., en calidad de administrador único de la mercantil, por escrito de fecha 21 de marzo de 2016, que se presentó en la Oficina de Correos ese mismo día 21 de marzo, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando en esencia los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, al que añade el de indefensión al haber sido privada la sociedad que representa del acceso a los documentos en los que el solicitante pretende justificar su legitimación, consecuencia de ello, entiende el recurrente, carece el solicitante de legitimación activa al efecto. Además, manifiesta el recurrente que la compraventa de participaciones es nula y como consecuencia ha interpuesto demanda ante el juzgado de lo mercantil competente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los motivos alegados por la sociedad pueden enervar el derecho del socio a obtener la designación del auditor previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas y, en su caso, resueltas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Consecuentemente, no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por la parte recurrente en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto.

2. El motivo de recurso referente a la falta de legitimación activa del solicitante así como la afirmación de que corresponde al Registrador Mercantil exigir la acreditación de tal condición también debe ser rechazado.

Así, el motivo de recurso se ha alegado en dos momentos distintos y con distinto alcance. En el escrito de oposición la sociedad se ha limitado a afirmar que la condición de socio del solicitante (sin negarla), no está recogida en el libro registro de socios. Como ha reiterado esta Dirección tal circunstancia por sí sola no puede enervar el derecho del socio pues tal y como se ha puesto de manifiesto por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de fechas 30 y 31 de mayo y 26 de junio de 2007 y 4 y 8 de noviembre de 2013, entre otras muchas), la condición de socio no solo puede ser acreditada mediante una certificación expedida por el órgano de administración social ni mediante la inscripción en el libro registro de acciones, ya que, de ser así, se dejaría al arbitrio de una de las partes de este procedimiento el ejercicio de un derecho que la ley le atribuye a la otra, el socio minoritario.

Por lo que se refiere al escrito de recurso, la alegación que subyace de que correspondería al registrador exigir la acreditación de la condición de socio tampoco es admisible. Dicha cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo entendiendo suficiente, en su caso, 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 reiterado 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 la sociedad no ha aportado prueba alguna demostrativa de que el solicitante carece de la condición de socio. En realidad no la niega pues se limita a afirmar que tal condición no aparece reflejada en el libro registro y, además, en este caso, existe un acta de identificación del titular real en la que el administrador de la sociedad, y ahora recurrente, reconoce la realidad de las transmisiones alegadas. Corresponde en definitiva a la sociedad que afirma que el solicitante no es socio probar o presentar un principio de prueba que contradiga la pretensión del solicitante, lo que no ha tenido lugar en este expediente.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata de fecha 2 de marzo de 2016.

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

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

Madrid, 16 de junio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Guipúzcoa.

Resolución de 20 de junio de 2016 (1.ª)

En el expediente 29/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pérgolas de Beasain, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. interviniendo como apoderado de Grupir, S. A., presentó un escrito de fecha 12 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Pérgolas de Beasain, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que la sociedad se encuentra en liquidación no procediendo por lo tanto, el nombramiento de auditor de cuentas que verifique las de la sociedad, pues la sociedad en liquidación ni formula ni deposita sus cuentas anuales, pues dicha información contable queda sustituida por el balance de liquidación.

III

El Registrador Mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata, dictó resolución en fecha 17 de marzo de 2016 por la que acordó estimar la oposición de la sociedad en base a su argumentación.

IV

Don ….., interviniendo en nombre de Grupir, S. A., por escrito de fecha 17 de marzo de 2016, que tuvo entrada el 23 de marzo de 2016 en el Registro Mercantil de Guipúzcoa, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando además que la entidad en liquidación aún existe dado que aún no se han elevado a público los acuerdos de disolución y liquidación y no se ha procedido al reparto del activo sobrante entre los socios, subsistiendo la personalidad jurídica de la sociedad mencionada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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, así como las resoluciones citadas en el texto.

La cuestión que se plantea es si es posible el nombramiento de auditor que verifique las cuentas de una sociedad en liquidación, que pese a no haber cancelado sus asientos registrales se encuentra pendiente del pago de la cuota de liquidación a la espera de la resolución del presente expediente.

Se ha de recordar que aunque la sociedad se encuentre en situación de 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. El hecho de que el pago de la cuota de liquidación se encuentre paralizado a la espera de la resolución del presente expediente no puede ser óbice para impedir el ejercicio del derecho a solicitar auditoría de cuentas del ejercicio 2015 pues la sociedad en cuestión subsiste al no encontrarse ni repartida la cuota de liquidación ni haberse cancelado aún los asientos registrales, suponiendo así una garantía para terceros.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata, de fecha 17 de marzo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a 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, 20 de junio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Guipúzcoa.

Resolución de 20 de junio de 2016 (2.ª)

En el expediente 36/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Viajes Levante Tour, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito el 15 de febrero 2016, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, 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 «Viajes Levante Tour, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión alegando la falta de condición de socio del solicitante en aplicación de los pactos alcanzados entre socios en la escritura de compraventa de acciones de 30 de octubre de 2013. En dicha escritura se estipuló:

1. Caso de producirse el despido del aquí comprador, que sea declarado procedente por el Juzgado de lo Social o Tribunal Superior de Justicia en su caso, o caso de solicitar el mismo la baja voluntaria de su relación laboral con la sociedad, se obliga a transmitir por precio simbólico de 1 euro al aquí vendedor, dichas acciones.
2. Caso de producirse un despido que sea declarado improcedente por los Tribunales o cualquier tipo de extinción de la relación laboral por causa no imputable al trabajador, o si el cese de la relación laboral se produce por pacto con la dirección de la empresa por voluntad de ésta última de prescindir de sus servicios, los comparecientes pactan y se obligan a realizar las transmisión de las acciones del aquí comprador al vendedor, quien deberá abonar su importe en ese acto. El importe de transmisión quedará fijado por el valor contable de las acciones en dicho momento.
3. Caso de producirse una invalidez del Sr. Oñiga que no le permita continuar prestando sus servicios para la sociedad, o que la relación laboral con la sociedad se mantenga hasta la

jubilación legal del mismo, los comparecientes pactan y se obligan a realizar la transmisión de las acciones del aquí comprador al vendedor en los términos indicados anteriormente.

Para justificar el cese de la relación laboral, la sociedad acompaña a su escrito de recurso una serie de documentos que acreditan este hecho, así como otros que justifican el intento, por parte de la sociedad, de proceder a la venta de las acciones del Sr. Oñiga.

III

El Registrador Mercantil de Valencia núm. 5, don José Luis Gómez Fabra Gómez, dictó resolución en fecha 2 de marzo de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 30 de marzo de 2016, que tuvo entrada el 31 de marzo de 2016 en el Registro Mercantil de Valencia núm. 5, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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. Nos encontramos ante un pacto parasocial que, según lo dispuesto en el artículo 29 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital: «Los pactos que se mantengan reservados entre los socios, no serán oponibles frente a la sociedad». En el escrito de recurso se citan numerosas Sentencias del Tribunal Supremo (por ejemplo, 6 de marzo de 2009) con las que se pretende defender la inoponibilidad de del pacto parasocial frente a la sociedad, en concreto en esa Sentencia se establecía que «la mera infracción del convenio parasocial de que se trata no basta, por sí sola, para la anulación del acuerdo impugnado».

2. Si, efectivamente, los pactos parasociales son inoponibles frente a la sociedad, la misma no se va a ver afectada por un régimen especial de transmisión de las acciones que los socios hayan estipulado en la escritura de compraventa, tal y como indica el Registrador en la nota de calificación del documento al establecerse que «estos obligan a vendedor y comprador, pero no a la mercantil».

3. Incluso en el supuesto de que se admitiera la oponibilidad a la sociedad de esos pactos parasociales, como ha señalado el Registrador, no se ha cum-

plido el supuesto de hecho contemplado en los mismos, ya que no se acompaña la resolución judicial firme correspondiente a la declaración de la procedencia o improcedencia del despido alegado por la mercantil, lo cual determinaría el importe de transmisión de las acciones. No puede sostenerse, como se alega en el escrito de recurso, que la imposibilidad de determinación de dicho precio no impida la pérdida de la condición de accionista, teniendo en cuenta que el precio es un elemento esencial de la compraventa (art. 1445 del Código Civil) y, en consecuencia, en tanto no se declare la procedencia o improcedencia del despido y, por tanto, las condiciones para estipular el precio de venta de las acciones, no puede producirse la transmisión de las mismas.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Valencia, don José Luis Gómez Fabra Gómez, de fecha 2 de marzo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 20 de junio de 2016 (3.ª)

En el expediente 37/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Áridos El Cantón, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., en representación de «Alonso Candela, S.A.», don ….. y don ….., presentaron un escrito el 25 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Murcia,, en el que solicitaron, 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 «Áridos El Cantón, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Por escrito de fecha 25 de enero de 2016 se da traslado de la solicitud a la sociedad, mediante correo certificado con acuse de recibo, sin que resulte del expediente haberse formulado oposición o alegaciones por la misma.

III

El Registrador Mercantil de Murcia II, don Bartolomé Nieto García dictó resolución en fecha 19 de febrero de 2016 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., actuando en nombre y representación de «Áridos El Cantón, S.A.», por escrito de fecha 30 de marzo de 2016, que tuvo entrada el 31 de marzo de 2016 en el Registro Mercantil de Murcia II, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que la sociedad se encuentra en situación de concurso voluntario de acreedores y el perjuicio económico que dicho nombramiento supondría para la misma, toda vez que las cuentas están siendo revisadas por el administrador concursal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La sociedad se encuentra en inmersa en procedimiento de concurso voluntario 620/2015 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia, habiendo sido declarada en concurso por auto de 4 de diciembre de 2015. Conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1 de la Ley Concursal «En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o

conformidad». Por tanto, al ser el concurso de carácter voluntario, el régimen es el de intervención de sus facultades.

2. En cuanto a la auditoría de las cuentas anuales, el artículo 46 de la Ley Concursal establece: «En caso de intervención, subsistirá la obligación legal de los administradores de formular y de someter a auditoría las cuentas anuales, bajo la supervisión de los administradores concursales». A la vista de este artículo resulta que, a pesar de encontrarse la sociedad en concurso, se mantiene la obligación de los administradores de someter a auditoría las cuentas anuales.

Además, no se produce ningún perjuicio económico para la sociedad por el hecho de que se solicite al amparo del artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que esta obligación de auditoría debía cumplirse de todas formas, manteniendo así subsistente este derecho de los socios, no obstante el concurso. En relación con el perjuicio económico es doctrina de este Centro Directivo que los costes de la verificación contable, de acuerdo con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales (art. 267 del mismo texto legal), corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero, 30 de julio, 4 y 5 de agosto de 2014, entre otras), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación por lo que, con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

3. También hay que tener en cuenta que la presentación en el Registro del Mandamiento en el que se inserta el Auto declarando el Concurso Voluntario tuvo lugar el 16 de marzo de 2016, por tanto, con posterioridad a la fecha de la resolución recurrida.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Murcia núm. II, don Bartolomé Nieto García, de fecha 19 de febrero de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Murcia.

Resolución de 27 de junio de 2016

En el expediente 28/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Arte y Madera de Burgos, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 4 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Burgos, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Arte y Madera de Burgos, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Debidamente notificada a la sociedad la pretensión del socio con fecha 11 de enero de 2016 no consta la oposición de la misma a la pretensión.

III

El Registrador Mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero dictó resolución en fecha 29 de enero de 2016 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 23 de febrero de 2016, que tuvo entrada el 26 de febrero de 2016 en el Registro Mercantil de Burgos, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que la totalidad de las participaciones sociales propiedad de don …..se encuentran embargadas en el proceso de ejecución del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Burgos con el número 106/2014, y que dicha traba supone una limitación de su titularidad, un gravamen en cuanto que están afectas al pago de las deudas contraídas por aquel, limitando el derecho a ejercer sus facultades como socio y, entre ellas, la de solicitar la designación de auditor.

También alega que la sociedad atraviesa una situación de iliquidez que resultaría agravada por el coste derivado de la realización de la auditoría realizada.

V

Joaquín González Santamaría por escrito de fecha 10 de marzo de 2016 que tuvo su entrada el día 15 de marzo de 2016 en el Registro Mercantil de Burgos, alega frente al ante-

rior escrito que sigue siendo socio de la sociedad y que como tal no existe limitación ninguna al ejercicio de su derecho de socio, teniendo por lo tanto legitimación para solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas para la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

1. La primera cuestión que se plantea es la relativa a si el embargo de las acciones de una sociedad implica limitación del derecho del socio a solicitar el nombramiento de auditor de cuentas. Como ya ha mantenido este Centro Directivo, el embargo de las acciones no implica la pérdida de la propiedad de la cosa embargada, ni de los derechos económicos y políticos que de la misma se derivan, sino que más bien es una toma de razón a efectos de garantía y preferencia de la existencia de un procedimiento ejecutivo contra el propietario del bien embargado, estando en consecuencia legitimado para ejercitar, en unión con otro u otros socios, el derecho a la verificación contable que la ley les reconoce.

2. En segundo lugar, tampoco puede prosperar la alegación relativa a la falta de liquidez de la sociedad, puesto que, por expresa disposición del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, los costes de la auditoría corren siempre a cargo de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero de fecha 29 de enero de 2016 por la que acordó proceder al nombramiento del 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, 27 de junio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Burgos.

Resolución de 1 de julio de 2016 (1.ª)

En el expediente 26/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Arte y Construcción de Burgos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 2 de enero de 2015 de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Burgos, en el que tuvo su entrada el día 4 del mismo mes y año, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Arte Y Construcción De Burgos S. L», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014 de la mercantil en cuestión. Se acompañan los siguientes documentos que el solicitante estimó oportunos.

II

Habiéndose dado traslado de la documentación presentada a la sociedad, pasado el plazo reglamentario, y no se habiéndose presentado oposición, el Registrador Mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero dictó resolución en fecha 29 de enero de 2016 por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor.

III

Doña ….., como administradora única de la mercantil, por escrito de fecha 23 de febrero de 2016, que tuvo entrada el 26 de febrero de 2016 en el Registro Mercantil de Burgos, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la totalidad de las participaciones del solicitante han sido embargadas en procedimiento de ejecución forzosa que se sigue en el Servicio de Ejecución del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Burgos con el número 106/2014. Este embargo llevará aparejada la liquidación de su participación social en subasta pública y la pérdida de su condición de socio. Hasta que esto sea así, la traba supone una limitación a su titularidad, un gravamen en cuanto que están afectas al pago de las deudas contraídas por aquél, y como tal se restringe y limita el derecho a ejercer sus facultades como socio, y entre ellas la de solicitar la designación de auditor. La ejecución de las acciones derivará previsiblemente en la toma de mayor participación de forma inmediata por la ejecutante. 2.º Que la sociedad atraviesa por una situación de falta de liquidez, que resultaría agravada por el coste derivado de la realización de la auditoría solicitada. 3.º Que el perjuicio de la sociedad es el único motivo que mueve al solicitante de la auditoría. Se acompañan los documentos que la recurrente estima pertinentes.

IV

Mediante diligencia de mejor proveer, el Registrador Mercantil de Burgos, dio traslado al solicitante del recurso interpuesto para que pudiera alegar lo que estimase conveniente.

V

Don ….. realizó, mediante escrito de fecha 10 de marzo de 2016, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Burgos el día 15 del mismo mes y año, las siguientes alegaciones: 1.º Que el recurso se fundamenta en situaciones futuribles ajenas a la normativa que regula el derecho de los socios a la petición de auditoría. 2.º Que las participaciones siguen perteneciendo al solicitante, sin limitación alguna. 3.º Que está legitimado para solicitar el nombramiento de auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de octubre de 2013.

1. 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 Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el 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 cómputo 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 29 de enero de 2016 del Registrador Mercantil de Burgos se recibió el 8 de febrero de 2016, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil de Burgos el día 26 de febrero de 2016, es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 25 de febrero de 2016.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero, de fecha 29 de enero de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Burgos.

Resolución de 1 de julio de 2016 (2.ª)

En el expediente 27/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio «Elementos Constructivos en Madera, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 2 de enero de 2015 de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Burgos, en el que tuvo su entrada el día 4 del mismo mes y año, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Elementos Constructivos en Madera, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014 de la mercantil en cuestión. Se acompañan los siguientes documentos: 1.º Copia simple de escritura de constitución de «Elementos Constructivos en Madera, S.L.» autorizada por el notario de Burgos don Juan Manuel de Palacios Gil de Antuñano el día 13 de marzo de 2006, número 456 de su protocolo. 2.º Copia simple de escritura de compraventa de participaciones sociales de «Elementos Constructivos en Madera, S.L.» autorizada por el notario de Burgos don Juan Manuel de Palacios Gil de Antuñano, el día siete de junio de 2007, número 1296 de su protocolo. 3.º Acta notarial de junta general autorizada por el notario de Burgos don José Alberto Martín Vidal el día 25 de marzo de 2014, número 510 de su protocolo. 4.º Acta de la junta general ordinaria de la mercantil «Elementos Constructivos de Madera S. L» celebrada el 29 de octubre de 2015.

II

Habiéndose dado traslado de la documentación presentada a la sociedad, pasado el plazo reglamentario, y no se habiéndose presentado oposición, el Registrador Mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero dictó resolución en fecha 29 de enero de 2016 por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor.

III

Doña ….. y doña ….., administradoras mancomunadas de la sociedad «Elementos Constructivos en Madera S.L.», por escrito de fecha 23 de febrero de 2016, que tuvo entrada el 26 de febrero de 2016 en el Registro Mercantil de Burgos, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la totalidad de las participaciones del solicitante han sido embargadas en procedimiento de ejecución forzosa que se sigue en el Servicio de Ejecución del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Burgos con el número 106/2014. Este embargo llevará aparejada la liquidación de su participación social en subasta pública y la pérdida de su condición de socio. Hasta que esto sea así, la traba supone una limitación a su titularidad, un gravamen en cuanto que están afectas al pago de las deudas contraídas por aquél, y como tal se restringe y limita el derecho a ejercer sus facultades como socio, y entre ellas la de solicitar la designación de auditor. La ejecución de las acciones derivará previsiblemente en la toma de mayor participación de forma inmediata por la ejecutante. 2.º Que la sociedad atraviesa por una situación de falta de liquidez, que resultaría agravada por el coste derivado de la realización de la auditoría solicitada. 3.º Que el perjuicio de la sociedad es el único motivo que mueve al solicitante de la auditoría. Se acompañan: 1.º Oficio dictado en ejecución forzosa en procesos de familia 106/2014. 2.º Oficio dictado en ejecución de títulos judiciales 80/2014. 3.º Escrito de fecha 16 de julio de 2015 en el que doña ….., administradora de la mercantil, comunica al Juzgado de Primera Instancia número 7 de Burgos haber practicado los embargos en los respectivos libros de socios. 4.º Comunicaciones realizadas a los socios por la administradora de la sociedad de que se ha decretado el embargo de las participaciones y acciones de que es titular don …..

IV

Mediante diligencia de mejor proveer, el Registrador Mercantil de Burgos, dio traslado al solicitante del recurso interpuesto para que pudiera alegar lo que estimase conveniente.

V

Don ….. realizó, mediante escrito de fecha 16 de marzo de 2016, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Burgos el día 18 del mismo mes y año, las siguientes alegaciones: 1.º Que el recurso se fundamenta en situaciones futuribles ajenas a la normativa que regula el derecho de los socios a la petición de auditoría. 2.º Que las participaciones siguen perteneciendo al solicitante, sin limitación alguna. 3.º Que está legitimado para solicitar el nombramiento de auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de octubre de 2013.

1. 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 Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el 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 cómputo 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 29 de enero de 2016 del Registrador Mercantil de Burgos se recibió el 8 de febrero de 2016, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil de Burgos el día 26 de febrero de 2016, es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 25 de febrero de 2016.

En consecuencia, esta Dirección General acuerda inadmitir el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero, de fecha 29 de enero de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Burgos.

Resolución de 1 de julio de 2016 (3.ª)

En el expediente 32/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Talleres Gonher, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 2 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa en el que tuvo su entrada el 5 de febrero de 2016, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital, y como titular de más del 5% del capital social de «Talleres Gonher S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad no se opuso dentro del plazo reglamentario.

III

El Registrador Mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata dictó resolución en fecha 8 de marzo de 2016 por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento del auditor.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 17 de marzo de 2016, que tuvo entrada el día 29 de marzo de 2016 en el Registro Mercantil de Guipúzcoa, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en base a los siguientes argumentos: 1.º Que el 30 de noviembre de 2015 las administradoras solidarias designaron auditor para el ejercicio 2015 a «Horwath PLM Auditores, S.L.P.». Cargo que fue aceptado por la representante de la misma. La resolución recurrida no ha tenido en cuenta el escrito de alegaciones presentado el 9 de marzo de 2016 en que se manifiesta dicho el nombramiento voluntario de auditor. Se acompañan: 1.º Copia de la notificación de la calificación. 2.º Nombramiento de auditor de cuentas a «Horwath PLM Auditores, S.L.P.». 3.º Aceptación del cargo firmado por doña….. 4.º Copia de escrito de alegaciones presentado en el Registro Mercantil. 5.º Copia de escritura pública autorizada por el notario de Errentia doña Montserrat Arrese Regañón el día 26 de junio de 2013, número 337 de su protocolo, por la que se nombra administradora solidaria a doña …..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La única cuestión a dilucidar en el presente expediente no es otra que la relativa a cuándo y en qué condiciones el nombramiento voluntario de auditor puede enervar la solicitud de nombramiento registral de auditor por parte socio minoritario.

Con carácter previo, es conveniente precisar que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital permite al socio que reúna participaciones equivalentes al 5% del capital social, solicitar el nombramiento voluntario de auditor siempre que no hubieren transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre del ejercicio social. Tiene por finalidad reforzar la posición dentro de la estructura empresarial.

Como excepción a esta regla, este Centro Directivo ha reconocido el hecho de que, dado 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.

Pues bien con la finalidad de acreditar el cumplimiento del primer requisito para la enervación, la sociedad expone que se procedió a la designación voluntaria de auditor el 30 de noviembre de 2015, habiendo sido aceptado el cargo por escrito de fecha 3 de diciembre de 2015, con firma legitimada el día 8 de marzo de 2016.En el presente caso, la primera fecha fehaciente que resulta de los documentos es posterior a la presentación de la solicitud por el socio minoritario, 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. En consecuencia, no existen razones para presumir

la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario, que de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

Sin embargo, no concurre el segundo de los requisitos mencionados para que la auditoría voluntaria frustre la solicitud del socio, esto es, que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría lo cual puede conseguirse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. Consultados los libros del registro resulta que el citado nombramiento voluntario no ha tenido acceso al registro mercantil. Del mismo modo el informe de auditoría no ha sido incorporado al expediente, ni se ha acreditado haberse entregado copia al socio peticionario, por lo que no puede prosperar ninguna de las alegaciones esgrimidas en el escrito de recurso sobre este extremo.

Por otra parte, el recurrente aduce que la decisión adoptada no ha tenido en cuenta el escrito de oposición presentado 9 de marzo de 2016, en el que se informaba que se había nombrado previamente auditor de cuentas en fecha 30 de noviembre de 2015. En este sentido es preciso confirmar que el Registrador Mercantil de Guipúzcoa actuó con arreglo a las normas que regulan el nombramiento de auditor a instancia de un socio minoritario. En concreto el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil establece «1. Dentro de los cinco días siguientes al del asiento de presentación, el Registrador trasladará a la sociedad afectada copia de la instancia y de los documentos adjuntos a ella, por cualquier medio que permita dejar constancia de la fecha en que se reciba notificación. 2. La sociedad solo 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 legitimación del solicitante. El escrito de oposición se archivará en el expediente. 3. Dentro de los cinco días siguientes al de la presentación del escrito de oposición, el Registrador resolverá según proceda. Contra la resolución del Registrador podrán los interesados interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el plazo de quince días a contar desde la fecha de notificación de la resolución. El recurso se presentará, dentro del plazo indicado, en el Registro correspondiente, elevándose el expediente por el Registrador Mercantil a la Dirección General dentro de los cinco días siguientes. 4. Transcurrido el plazo de oposición sin haberse planteado éste o, en otro caso, firme la resolución del Registrador, procederá éste al nombramiento solicitado.». En el presente caso, el Registrador notificó a la sociedad la presentación de la solicitud de nombramiento de auditor, a los efectos de que pudiesen alegar lo que a su derecho conviniera, sin que se hubiese recibido notificación alguna dentro del plazo reglamentario. Hay que añadir que, a mayor abundamiento, la presentación de las alegaciones no solo se hizo después de haber transcurrido el plazo señalado al efecto, sino que también es posterior a la propia resolución. A este respecto solo cabe añadir que, no obstante haberse presentado dicho escrito de oposición extemporáneamente, lo

cierto es que la sociedad ha dispuesto del presente trámite de recurso para hacer las manifestaciones que considerase oportuno, de modo que, en esta sede se ha podido resolver, aunque desestimatoriamente, sobre sus pretensiones habiendo tenido en cuenta los razonamientos expuestos por la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado, desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata de fecha 8 de marzo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Guipúzcoa.

Resolución de 4 de julio de 2016 (1.ª)

En el expediente 30/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Grúas Severo, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y doña ….. presentaron un escrito de fecha 22 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de las Palmas, en el que tuvo su entrada el 15 de febrero de 2016, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Grúas Severo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Ausencia de documentos acreditativos de la legitimación de los solicitantes, haciendo hincapié en la falta de legitimación de las firmas de los solicitantes. 2.º No consta la causa de la solicitud.

III

El Registrador Mercantil de Las Palmas, don Francisco de Asís Fernández Rodríguez dictó resolución en fecha 29 de febrero de 2016 por la que acordó no acceder al escrito de oposición formulado y, una vez firme la presente resolución, proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., en calidad de administrador de la mercantil «Grúas Severo, S.L.», por escrito de fecha 22 de marzo de 2016, que tuvo entrada el 23 de marzo de 2016 en el Registro Mercantil de Las Palmas, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º La instancia no está acompañada de los documentos acreditativos de la legitimación del solicitante, cuestión que determina la vulneración de lo establecido en el apartado 2 del artículo 351.2 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. 2.º En la instancia no se expresa la causa de la solicitud, cuestión exigida por el apartado tercero del párrafo primero del artículo 351 del mencionado Real Decreto 1784/1996.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede ser estimada la primera de las causas de recurso invocadas como fundamento de su pretensión, consistente en que la instancia no está acompañada de los documentos acreditativos de la legitimación del solicitante, cuestión que, a juicio del recurrente, determina la vulneración de lo establecido en el apartado 2 del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil. Es preciso aclarar 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 a los solicitantes 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 el escrito de oposición (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). A mayor abundamiento, el mencionado artículo 351.2 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil al disponer « la instancia, debidamente suscrita, habrá de acompañarse, en su caso, de los documentos acreditativos de la legitimación del solicitante», se está refiriendo a la necesidad de aportar la documentación de la que resulte que los solicitantes son titulares de participaciones que representes, al menos, el 5% del capital social, lo que no será preciso en aquellos supuestos, como es el caso del presente expediente, tal y como resulta de la expresión «en su caso», en que aleguen ser socios constituyentes, pues esta circunstancia resulta del Registro.

En cuanto a la falta de legitimación de las firmas de los peticionarios, salvo prueba en contrario que así lo acreditara indubitadamente –lo que no se ha producido–, debe presumirse legítima (pueden verse al respecto Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 18 de agosto y 9 de septiembre de 2006, entre otras).

2. La inexpresión de causa de la solicitud, tal y como señala el Registrador Mercantil de Las Palmas, no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro 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 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, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Las Palmas, don Francisco de Asís Fernández Rodríguez, de fecha 29 de febrero de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Málaga.

Resolución de 4 de julio de 2016 (2.ª)

En el expediente 31/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Jardines del Águila, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 17 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y como titular de más del 5% del capital social de «Jardines del Águila, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015. Se acompaña: 1.º Copia de escritura de compraventa de participaciones sociales autorizada por el notario de Fuengirola, don Gregorio I. Martín Mayoral, el día 26 de julio de 2001, número 1942.

II

El Registrador Mercantil de Málaga, don Javier Brea Serna dictó resolución en fecha 23 de febrero de 2016 por la que acordó que, de conformidad con el artículo 17 del Reglamento del Registro Mercantil y al tener la sociedad su domicilio en Madrid, la competencia para la calificación e inscripción del presente documento corresponde al Registro Mercantil de la provincia de Madrid.

III

Don ….., por escrito de fecha 28 de marzo de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Málaga, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General

contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º El domicilio social de la sociedad se encuentra efectivamente en Málaga. La sociedad se constituyó originariamente con domicilio en Málaga. Con posterioridad en junta de 7 de septiembre de 2009 se acordó el traslado del domicilio social a Madrid, que fue inscrito en Registro Mercantil. Dicho acuerdo de traslado de domicilio fue declarado nulo en virtud de sentencia firme de septiembre de 2014 (núm. 1313/2014) dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga en el juicio ordinario 1204/2010. Con posterioridad se celebró junta general de la sociedad «en el domicilio social, sito en Mijas, Finca Cucazorras», reconociéndose ello en el acta de la junta. Tras percatarse esta parte de que no se había procedido aún por la sociedad condenada a inscribir la sentencia en el Registro Mercantil, ni de que tampoco por el juzgado se había dictado el correspondiente mandamiento al efecto, se procedió a solicitar del juzgado que ejecutara y cumpliera con el deber de inscribir en el Registro Mercantil la sentencia declarando la nulidad de los acuerdos. Se acompañan: 1.º Copia de la meritada sentencia. 2.º Acta notarial de junta autorizada por el notario de Fuengirola don Gregorio I. Martín Mayoral el día 23 de junio de 2015, número 893 de su protocolo. 3.º Copia del escrito presentado ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de los de Málaga en el referido procedimiento 1024/2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. 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 la decisión del Registrador Mercantil puede recurrirse ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo establecido al efecto. Sin embargo, no habiéndose recurrido en plazo deviene firme. Salvo que se subsanen los defectos que en ella se hubieran puesto de manifiesto, de ser subsanables, dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación prorrogado por la calificación notificada, caducará el asiento de presentación con la consiguiente pérdida de la prioridad.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Málaga, don Javier Brea Serna, de fecha 23 de febrero de 2016.

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

impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Las Palmas.

Resolución de 4 de julio de 2016 (3.ª)

En el expediente 52/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gallabu Clínica Dental, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 7 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 9 de marzo de 2016, 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 «Gallabu Clínica Dental, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad, por medio de su administrador único don ….. se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de 21 de marzo de 2016 alegando, en esencia:

1. Falta de causa por la que se solicita la auditoría.
2. Falta de documentación pertinente que acredite la legitimación activa de la petición presentada.
3. Ejercicio abusivo del derecho a la solicitar nombramiento de auditor.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don Francisco Javier Sáenz Villar dictó resolución con fecha 29 de marzo de 2016 por la que acordó desestimar la solicitud debido a que la peticionaria ostentaba el cargo de administradora solidaria de la sociedad y poder haber solicitado por sí mismo el nombramiento de auditor de cuentas.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 20 de abril de 2016, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el 21 de abril de 2016, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que no ostentaba el cargo de administradora solidaria en la fecha en la que la solicitud fue presentada en el Registro Mercantil puesto que fue cesada en su cargo en Junta General Extraordinaria celebrada el día 2 de febrero de 2016 y añadiendo que ni la Ley ni el Reglamento del Registro Mercantil impiden que el administrador solidario solicite al el nombramiento de auditor de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

La única cuestión recurrida es la referente a si un administrador solidario de una sociedad está o no legitimado para solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor que verifique las cuentas de la misma.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General que la medida protectora prevista en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital obedece a la finalidad de amparar la legítima pretensión de un socio de que las cuentas anuales de la sociedad no obligada sean objeto de verificación contable. Es preciso que el socio instante reúna los requisitos de capital y de temporalidad previstos en dicho artículo pero también lo es que ostente un interés protegible; es decir, una situación tal que permita entender que sin la atención de su petición su derecho a obtener el nombramiento de auditor para verificar las cuentas quedaría indebidamente frustrado. Por este motivo esta Dirección tiene reiteradamente declarado que no concurre dicho interés protegible cuando el socio se ha encontrado, durante el ejercicio económico al que se refiere la solicitud de auditoría, en situación de haber obtenido la verificación a que se refiere su solicitud.

Así será cuando el socio haya gestionado en exclusiva los asuntos sociales o haya ejercido la administración con carácter solidario, porque en ambos casos habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor ajeno a la empresa si lo hubiera creído conveniente en ejercicio de su competencia de gestión de la sociedad, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunada o colegiada, dado que habría tenido que contar con el consentimiento de los demás (Resoluciones de 27 de mayo de 2007, 3 de septiembre de 2008, 1 de septiembre de 2011 y 12 de septiembre de 2012, entre otras).

Esta es la situación que se ha producido en este expediente en el que el socio instante ha ostentado durante el ejercicio 2015, cuya auditoría solicita, el cargo de administrador solidario de la sociedad.

Nada obsta a la conclusión anterior el hecho de que con posterioridad a su solicitud haya sido cesado de dicho cargo, como el propio solicitante afirma, pues no es esta la circunstancia relevante como queda expresado más arriba. El hecho de que ahora considere conveniente que se auditen las cuentas del ejercicio 2015 no casa con el hecho de que durante dicho ejercicio no lo considerara oportuno haciendo decaer su pretensión por falta de interés digno ahora de ser protegido.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil don Francisco Javier Sáenz Villar de fecha 29 de marzo de 2016 por la que acordó desestimar la solicitud 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, 4 de julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 4 de julio de 2016 (4.ª)

En el expediente 57/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Luis Delgado S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y doña ….. presentaron un escrito de fecha 22 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Luis

Delgado, S.L.» cada uno de ellos, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios alegando que si bien podría pensarse inicialmente que se cumplen los requisitos legales exigibles no se interesa una auditoría con el fin de aclaración de cuentas tal y como manifiestan en su escrito de solicitud, sino que el único fin deriva de dos procedimientos judiciales en tramitación. Por un lado un procedimiento tramitado ante el Juzgado de lo Mercantil de Badajoz, número 590/2015 por el que se dirime la exclusión del socio…..por fundar otra empresa con similar objeto social incurriendo en competencia desleal y por malos tratos de palabra u obra, abuso de autoridad o falta grave de respeto y consideración a los jefes, compañeros y subordinados.

Por otro lado un procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales ante el Juzgado de Primera Instancia de Villanueva de la Serena, procedimiento 5/2016 en el que es parte doña …..

Por tanto, expone la mercantil, lo que pretenden los solicitantes es el uso fraudulento de la ley en beneficio propio para hacerse con el control de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, don José Enrique Pérez y Martín dictó resolución en fecha 7 de abril de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 26 de abril de 2016, que tuvo entrada el día 27 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Badajoz, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo que los socios pueden darse la circunstancia de que antes de emitirse el correspondiente informe por el auditor designado al efecto ninguno de ellos mantuviera tal condición de socio, con el grave perjuicio que se hubiera ocasionado a la mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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 así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede estimarse el recurso interpuesto por cuanto ninguno de los motivos alegados por la sociedad puede imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Los motivos de recurso se pueden agrupar en dos: la falta de buena fe, y la situación de abuso de derecho que provoca la actuación de los socios al pretender hacerse con el control de la misma, llegando a poder darse la circunstancia de que ya no tuvieran siquiera la condición de socios en el momento de elaborarse el correspondiente informe como consecuencia de la resolución de los expedientes judiciales mencionados.

2. Respecto a la primera cuestión es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (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 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

3. El mismo destino merece el segundo motivo alegado pues, como resulta de las líneas anteriores, no se puede prejuzgar en el estrecho ámbito de este procedimiento ni si concurre otra motivación distinta en los solicitantes diferente del conocimiento de la situación contable de la sociedad, ni las consecuencias económicas que del mismo puedan derivarse. De igual manera no pueden ser tenidos en consideración hechos futuros e inciertos como es la posible pérdida de la condición de socio por alguno o todos los solicitantes mediante resolución judiciales firmes derivadas de procedimientos en trámite, al exceder de las competencias de este Centro Directivo como anteriormente se ha hecho referencia.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Badajoz don Juan Enrique Pérez y Martín de fecha 7 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Badajoz.

Resolución de 4 de julio de 2016 (5.ª)

En el expediente 61/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Embutidos Farcedo, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito con entrada de fecha 29 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, 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 «Embutidos Farcedo, S.L.», en el que solicitaba el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1. Que en la última Junta General celebrada el 25 de agosto de 2014 se acordó nombrar un auditor voluntario para verificar las cuentas del ejercicio 2014, desde dicha fecha se ha requerido al solicitante para efectuar dicho nombramiento, estando a la espera de alcanzar un acuerdo en cuanto a la determinación del auditor que emita el informe. Ambos socios acordaron la innecesariedad de nombrar auditor para el ejercicio 2015 hasta la obtención de resultados del informe

de 2014 y además está solicitud no obedece al acuerdo de las partes, siendo innecesaria tal auditoría.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, Juan Enrique Pérez y Martín dictó resolución en fecha 11 de abril de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….. administrador único, por escrito de fecha 28 de abril de 2016, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Badajoz, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo la vulneración de la buena fe contractual por parte del solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Es evidente que el recurso no puede prosperar pues la mera declaración de intenciones manifestada por el recurrente no puede enervar el derecho individual de este a que por parte del Registrador Mercantil se designe un auditor para la verificación de las cuentas anuales del último ejercicio. De forma reiterada (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), 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 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, 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.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 205.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que «dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

2. Como resulta del propio escrito de recurso, la sociedad reconoce que no existe auditor nombrado, que lo único que existe es un acuerdo para que se lleve a cabo. La falta de acreditación de la existencia de un nombramiento de

auditor voluntario y de la existencia de medidas que garanticen que el interés protegible del socio minoritario sea salvaguardado aboca a la desestimación del motivo de recurso.

3. La misma suerte ha de seguir el motivo que hace referencia a que la conducta del socio no es conforme con las exigencias de la buena fe. Al respecto es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (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 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín de fecha 11 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Badajoz.

Resolución de 5 de julio de 2016 (1.ª)

En el expediente 55/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Empire 681, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 30 de marzo 2016, dirigido al Registro Mercantil de Guadalajara, en el que tuvo su entrada el día 31 de marzo, 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 30% del capital social de «Empire 681, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad, por escrito de fecha 7 de abril de 2016, mediante su administrador….., se opuso a la pretensión del socio alegando la imposibilidad económica de hacer frente a los gastos generados por la auditoría.

III

El Registrador Mercantil de Guadalajara, don Emilio Campmany Bermejo dictó resolución en fecha 11 de abril de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., mediante escrito que tuvo entrada el día en 28 de abril en el Registro Mercantil de Guadalajara, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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, así como las resoluciones citadas en el texto.

Los costes de la verificación contable, de acuerdo con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales (art. 267 del mismo texto legal), corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero, 30 de julio, 4 y 5 de agosto de 2014 entre las más recientes), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Guadalajara don Emilio Campmany Bermejo con fecha 11 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 5 de julio de 2016 (2.ª)

En el expediente 56/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «A Úbeda e Hijos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 2 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «A Úbeda e Hijos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que el solicitante está haciendo uso de un derecho objetivamente y externamente legal pero que con su actuación pretende hacer daño a la mercantil, dado que tendrá que hacer frente a los honorarios del auditor que se designe en una coyuntura económica desfavorable, siendo este daño que se pretende inmoral y antisocial, en cuanto no responde esa actuación a un fin serio y legítimo, sino al deseo de producir un perjuicio sin obtener beneficios propios. Considera que es un abuso de derecho en cuanto que el solicitante fue trabajador y apoderado de la sociedad durante muchos años, con la que mantiene diversos procedimientos judiciales abiertos.

III

El Registrador Mercantil de Valencia Número 2, doña Laura María de la Cruz Cano Zamorano dictó resolución en fecha 5 de abril de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….. y don …..., como administradores de la sociedad, por escrito de fecha 18 de abril de 2016, que tuvo entrada el día 25 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo que el socio ejerce su derecho de modo antisocial en forma contraria a los artículos 6 y 7 del Código Civil y que el eventual nombramiento de un auditor solo dará como resultado causar un daño económico a la sociedad a instancia de un socio que, indican, ha sido detenido por la Policía Nacional de la Comisaria de Játiva por presunto delito de hurto de materiales de la mencionada empresa e investigado por los presuntos delitos de administración desleal por el Juzgado de Instrucción Número Tres de Játiva.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede estimarse el recurso interpuesto por cuanto ninguno de los motivos alegados por la sociedad puede imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Los motivos de recurso se pueden agrupar en dos: la falta de buena fe, y la situación de abuso de derecho que provoca la actuación del socio instante y

las posibles consecuencias de contenido negativo para la sociedad sin beneficio alguno para el mismo.

2. Respecto a la primera cuestión es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (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 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

3. El mismo destino merece el segundo motivo alegado pues, como resulta de las líneas anteriores, no se puede prejuzgar en el estrecho ámbito de este procedimiento ni cual haya de ser el resultado del informe de verificación ni las consecuencias jurídicas o económicas que del mismo puedan derivarse.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Valencia Número II doña Laura María de la Cruz Cano Zamorano de fecha 5 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 5 de julio de 2016 (3.ª)

En el expediente 59/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Leomader, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 29 de marzo 2016, dirigido al Registro Mercantil de León, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Leomader, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad, por escrito de fecha 8 abril de 2016, mediante su administrador único….., se opuso a la pretensión del socio alegando:

1. Con fecha 24 de julio de 2014 se celebró Junta General Extraordinaria y Universal en la que se acordó: 1. La liquidación de la sociedad, cese de administradores y nombramiento de liquidador, 2. Extinción del contrato de arrendamiento existente entre los socios y la sociedad «Leomader, S.L.». 3. Autorización al socio…..de dedicarse a la misma actividad profesional que la sociedad, 4. Aprobación por unanimidad de que el mencionado señor pueda usar las instalaciones y maquinarias de la sociedad «Leomader, S.L.», mediante la suscripción de un contrato, 5. Aprobación de que el mencionado señor pueda usar el nombre social.
2. Emilio Palacios Merino es conocedor de la actual situación social y de que la sociedad no desarrolla actividad alguna al no contar con los factores necesarios.
3. Por último, se señala que la auditoría generaría unos costos innecesarios en la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de León, don Óscar M.ª Roa Nonide, mediante resolución de 12 abril de 2016 acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., administrador único de la sociedad, mediante escrito de 26 de abril de 2016 que tuvo entrada el día 28 en el Registro Mercantil de León, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, como ha reiterado esta Dirección, durante la fase liquidatoria de la sociedad, su personalidad jurídica subsiste hasta que se hayan cancelado en el Registro los asientos referentes a la sociedad extinguida e incluso más allá en tanto no se hayan extinguido el conjunto de sus relaciones jurídicas *(vid.* arts. 398 a 400 de la Ley de Sociedades de Capital y resolución de 7 de diciembre de 2012 en sede de recursos gubernativos). Además, la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación (art. 370 de la Ley de Sociedades de Capital y resolución en materia de recursos gubernativos de fecha 12 de marzo de 2013), justifica que durante este periodo no exista impedimento legal alguno al nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La sociedad en el caso que nos ocupa, no ha sido cancelada en el Registro y subsiste la posibilidad de su reactivación por lo que procede el nombramiento de auditor solicitado *(vid.* Resoluciones de 9 de diciembre de 2005, 31 de octubre de 2006 y 9 de febrero de 2011, entre otras).

2. En segundo lugar, en caso de existir una situación de hecho de inactividad es lo cierto que se trata de una circunstancia ajena al objeto de este expediente del que resulta que el socio instante reúne los requisitos legalmente establecidos para que proceda el nombramiento de auditor (circunstancia que no combate el escrito de recurso). Concurra o no causa de disolución de la sociedad *(vid.* art. 363 de la Ley de Sociedades de Capital) y haya o no cumplido el órgano de administración su obligación de convocar a la Junta para que adopte lo que convenga (art. 365), dicha circunstancia no enerva el derecho del socio minoritario a solicitar la designación de auditor.

3. En tercer lugar, y relativo a los costes de la auditoría, la verificación contable, de acuerdo con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales (art. 267 del mismo texto legal), corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero, 30 de julio, 4 y 5 de agosto de 2014, entre otras) el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de León de 12 abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de León.

Resolución de 5 de julio de 2016 (4.ª)

En el expediente 63/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Movitec Wrapping Systems, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 21 de marzo de 2016 dirigido al Registro Mercantil de Lérida, en el que tuvo su entrada el 21 de marzo de 2016, 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 «Movitec Wrapping Systems, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio solicitante, por medio de escrito de fecha 30 de marzo de 2016, que tuvo su entrada en Registro Mercantil de Lérida el 1 de abril de 2016.

III

La Registradora Mercantil de Lérida, doña Carmen Rosich Romeu dictó resolución en fecha 8 de abril de 2016 por la que acordó rechazar las alegaciones vertidas en el escrito de oposición.

IV

Don ….., en nombre y representación de la mercantil «Movitec Wrapping Systems, S.L.» presentó escrito de fecha 29 de abril de 2016 dirigido al Registro Mercantil de Lérida, en el que tuvo su entrada el dos de mayo del mismo año, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución.

V

El día 27 de mayo de 2016 tiene entrada en el Registro Mercantil de Lérida escrito de la misma fecha de don …..por el que manifiesta su voluntad de desistir del recurso de alzada.

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 el desistimiento presentado por don ….., solicitante de la auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 para la sociedad «Movitec Wrapping Systems, S.L.» y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia al no existir interés protegible que imponga su continuación.

En su virtud, esta Dirección General, ha resuelto estimar el desistimiento y acordar la conclusión del procedimiento de nombramiento de auditor.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Lleida.

Resolución de 5 de julio de 2016 (5.ª)

En el expediente 64/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tanatorio Tierra de Barros, S.L.», en liquidación.

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 30 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el día inmediato siguiente, 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 «Tanatorio Tierra de Barros, S.L.», en liquidación, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad fue declarada en concurso y decretada la apertura de la fase de liquidación por sentencia del Juzgado de lo mercantil número 1 de Badajoz con fecha 17 julio 2014 y no resulta posible someter la información económica de la compañía ya que dada la situación no se encuentra adaptada a las normas generales del Plan General de Contabilidad 2.º El objeto de la solicitud no es otro que la dilación del procedimiento.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, Juan Enrique Pérez y Martín dictó resolución en fecha 19 de abril de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….. abogado de la sociedad, por medio de escrito de fecha 3 de mayo de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Badajoz, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar. Como ha reiterado esta Dirección General *(vid.* Resoluciones de 4 de enero de 2011, 3 de mayo de 2012 y 1 de junio de 2014, entre otras), 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, ya que la declaración del concurso no supone la extinción o suspensión de este derecho individual del socios. El artículo 46 de la Ley Concursal prevé tanto para los casos de suspensión como de intervención de la administración la subsistencia de la obligación de formular cuentas y de verificarlas, en su caso. Del mismo modo para las sociedades no obligadas a verificar cuentas anuales *(vid.* art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital), subsiste la obligación de verificar cuando un socio que reúna los requisitos establecidos en el artículo 265.2 de la propia Ley lo haya ejercido debidamente. Encontrándose la sociedad en fase de liquidación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, como ya ha reiterado esta Dirección durante la fase liquidatoria de la sociedad su personalidad jurídica subsiste hasta que se haya cancelado en el Registro los asientos referentes a la sociedad extinguida e incluso más allá en tanto no se hayan extinguido el conjunto de sus relaciones jurídicas *(vid.* arts. 398 a 400 de la Ley de Sociedades de Capital y resolución de 7 de diciembre de 2012 en sede de recursos gubernativos). Por lo que procede el nombramiento de auditor solicitado *(vid.* Resoluciones de 9 de diciembre de 2005, 31 de octubre de 2006 y 9 de febrero de 2011 entre otras).

2. En cuanto al ánimo dilatorio, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (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 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su natura-

leza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín de fecha 19 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Badajoz.

Resolución de 6 de julio de 2016 (1.ª)

En el expediente 33/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Floribenica Natural 2003, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 23 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Murcia, en el que tuvo su entrada el 29 de febrero de 2015, 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 «Floribenica Natural 2003, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad, mediante sus administradores mancomunados don …..y don ….., por escrito de fecha 4 de marzo de 2016, se opuso a la pretensión del socio alegando abuso de derecho por parte del socio solicitante.

III

El Registrador Mercantil de Murcia, don Bartolomé Nieto García dictó resolución en fecha 14 de marzo de 2016, por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….. y don ….., por escrito de fecha 21 de marzo de 2016, que tuvo entrada el 30 de marzo de 2016 en el Registro Mercantil de Murcia, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

En relación al abuso del derecho alegado por parte del recurrente, 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 accionista a requerir el nombramiento ya que, si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil) y no ampara, por el contrario, el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 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 su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Murcia don Bartolomé Nieto García de fecha 14 de marzo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Murcia.

Resolución de 6 de julio de 2016 (2.ª)

En el expediente 58/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Atención al Mayor, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 16 de marzo 2016, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Atención al Mayor, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad, por escrito de fecha 29 de marzo de 2016, mediante su administrador único, se opuso a la pretensión del socio alegando:

1. Que la sociedad por medio de escrito de fecha 18 de marzo 2016 se puso en contacto con Inmaculada García Navarro a fin de comunicarle que tiene a su disposición la información necesaria en los términos que le reconoce la ley.
2. Que no considera necesario el nombramiento de auditor para las cuentas de 2015.

III

La registradora mercantil VI de Valencia, doña Isabel Querol Sánchez, dictó resolución en fecha 5 de abril de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., administrador único de la sociedad, por escrito que tuvo entrada el día 27 de abril en el Registro Mercantil de Valencia, interpone recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo que la resolución de la registradora es ex temporánea por haber sido dictada el 5 de abril.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Respecto al ejercicio del derecho de información por parte de la solicitante, no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un examen de las cuentas sociales y la situación social *(vid.* Resoluciones de este Centro de 7 de mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013 y 17 de junio de 2014). En ningún caso la apelación a dicha circunstancia puede enervar la pretensión de nombramiento, 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. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, independientemente de si ejercieron previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o si, por cualquier otra circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador, tuvieron acceso a la contabilidad social *(vid.* arts. 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 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).

2. En segundo lugar, respecto de la innecesariedad de la auditoría como ha reiterado esta Dirección General el supuesto contemplado en el artí-

culo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital decae cuando no existe interés protegible bien porque el socio ha dejado de serlo *(vid.* Resoluciones de 16 de septiembre de 2009 y 30 de abril de 2012), bien porque renuncia al derecho reconocido (Resolución de 31 de enero de 2014), bien porque su posición jurídica está debidamente protegida en un momento en el que su interés se agota en la liquidación económica de su participación en la sociedad *(vid.* art. 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013) o porque se le ha entregado el informe de verificación relativo al ejercicio que solicitaba elaborado por un auditor voluntario nombrado por la sociedad (Resolución de 10 de diciembre de 2014), pero en el presente caso la solicitante sigue ostentando su derecho de solicitud en los términos que le reconoce la ley.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 354.3 Reglamento del Registro Mercantil y examinadas las fechas que resultan del expediente presentadas las alegaciones el 29 de marzo y resuelto el expediente el día 5 de abril del 2016, siendo en la provincia de Valencia el día 4 de abril inhábil, la resolución está dentro de plazo, pero es que aunque así no fuera bajo ningún concepto podría aceptarse la pretensión de nulidad de la sociedad recurrente. Como ha recordado esta Dirección General (Resolución de 10 de octubre de 2010), los plazos de tramitación y de resolución por la autoridad competente no son más que medios orientados al fin de dotar al procedimiento de la necesaria agilidad para que las partes tengan, en el más breve plazo posible, una decisión fundada en derecho. Los plazos para dictar resolución y para emitir notificación no son de caducidad sino que se trata de plazos cuyo transcurso no impide adoptar una decisión sobre el fondo del asunto planteado ni afecta a la validez de la decisión adoptada como resulta de una simple lectura del artículo 62 en relación al artículo 63.3 de la Ley 30/1992 que recoge las causas de nulidad del procedimiento administrativo (y sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de su dilación injustificada, artículos 41 y 47 de la propia Ley).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Valencia VI, doña Isabel Quero Sancho de fecha 5 de abril 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 6 de julio de 2016 (3.ª)

En el expediente 86/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pilmar Comidas, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 28 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Murcia, en el que tuvo su entrada el día 30 del mismo mes, 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 «Pilmar Comidas S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 4 de abril en el domicilio social, sin haber formular oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El Registrador Mercantil de Murcia, don Bartolomé Nieto García dictó resolución con fecha 18 de abril de 2016 por la que procedió al nombramiento del auditor solicitado al no haber formulado oposición la sociedad, dando traslado de tal resolución el día 21 mediante correo certificado con acuse de recibo, advirtiendo de que contra la misma procedía recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. El día 24 de abril se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de oposición suscrito por doña ….., una de las administradoras mancomunadas, en el que formula oposición a la solicitud del socio minoritario. Presentado tal escrito el registrador Mercantil solicita, mediante escrito de 29 de abril, que manifieste en el plazo de diez días si tal escrito debe ser considerado como de interposición de recurso de alzada, al haber expirado el plazo para formular oposición.

Mediante escrito de fecha 6 de mayo, presentado el día 10, doña ….., administradora mancomunada solicita que «el escrito presentado sea considerado como de interposición de recurso de alzada».

IV

De acuerdo con lo anterior, doña ….., administradora mancomunada de la mercantil «Pilmar Comidas, S.L.», se considera interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 18 de marzo, en base a los siguientes argumentos: en primer lugar, indica que la solicitante es una de las administradoras mancomunadas de la sociedad, por lo que debe participar en la confección de las cuentas cuya verificación se

solicita. En segundo lugar, manifiesta que tal nombramiento implicaría unos gastos a la sociedad que atraviesa una difícil situación financiera, no existiendo ningún inconveniente en el nombramiento si tales gastos fueran satisfechos por la solicitante. Y, en tercer lugar, que toda la documentación contable está a disposición de cualquier socio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo muy reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo a dicha doctrina (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), 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 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, 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.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y

determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y mas adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

2. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad plantea la posible inexistencia de una justa causa que ampare la solicitud, ya que se trata de una administradora mancomunada de la mercantil y «no resulta comprensible que la misma persona que ha de formular las cuentas pida el nombramiento de un auditor externo para conocer si reflejan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad». En este sentido, por lo que se refiere a la ausencia de una causa legítima o causa justa que ampare la solicitud del instante, la inexpresión de dicha causa de solicitud o la ausencia de una justificación no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro 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. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. 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, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada *(vid.* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta del solicitante debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que el socio ejercite debidamente el derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Consecuentemente, y por disposición expresa de la Ley, si concurren los requisitos legalmente establecidos prevalece el derecho del socio minoritario aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Finalmente, y también en relación a las observaciones ya señaladas, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Consecuentemente, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil por remisión del artículo 359.2 del mismo cuerpo legal, la sociedad solo puede enervar la solicitud de nombramiento de auditor si acredita la falta de legitimación del instante o que no procede el nombramiento. Cualquier otra cuestión debe ser planteada, como queda por extenso debidamente fundamentado, en el procedimiento judicial que corresponda.

3. A continuación, e íntimamente relacionado con tal motivo de recurso, la sociedad se refiere al hecho de que la solicitante tiene perfecto conocimiento de la contabilidad social. Esta Dirección General se ha referido en numerosas ocasiones a esta cuestión *(vid.* Resoluciones de este Centro de 7 de mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013). En ningún caso la apelación a dicha circunstancia puede enervar la pretensión de nombramiento, 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. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercan-

til el nombramiento de un auditor de cuentas, independientemente de si ejercieron previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o si, por cualquier otra circunstancia tiene «exacto conocimiento de la marcha de la sociedad» *(vid.* arts. 196 y 197 en relación con los arts. 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 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). Resulta por tanto indiferente si el socio llegó o no efectivamente a conocer las cuentas o a solicitar información previa al respecto porque no es esto lo que se discute, sino si tiene derecho a que un tercero independiente verifique las cuentas anuales.

4. Por último, indica la sociedad que tal nombramiento provocaría un perjuicio económico para la misma, sin que tal oposición tuviera lugar en caso de que la propia solicitante asumiera los gastos derivados de la auditoría. Tal extremo no puede tampoco ser acogido por este Centro Directivo puesto que, como resulta de la doctrina reiterada, la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (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 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Murcia, don Bartolomé Nieto García de fecha 18 de marzo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Murcia.

Resolución de 6 de julio de 2016 (4.ª)

En el expediente 87/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Parque Eólico Becerril, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., consejero delegado de la sociedad «Aerogeneradores Eléctricos Españoles, S.L.» presentó instancia de fecha 1 de marzo de 2016, dirigida al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 2 del mismo mes, 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 «Parque Eólico Becerril, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Mediante escrito de 3 de marzo del mismo año, doña Isabel Adoración Antoniano González, Registradora Mercantil de Madrid Número 1, notifica a la sociedad en cuestión la solicitud del citado socio de nombramiento de auditor de cuentas correspondiente al ejercicio 2015, previéndoles del derecho de oposición que les asiste.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del mencionado socio mediante escrito de 9 de marzo de 2016 suscrito por don ….., consejero delegado de «Parque Eólico Becerril, S.L.».

En dicho escrito indica que como consecuencia de un compromiso contractual adquirido en contrato de préstamo de fecha 17 de junio de 2009 la sociedad está obligada a auditar las cuentas anuales de todos los ejercicios sociales, realizando tal auditoría con «Ernst &Young, S.L.», habiéndose entregado copia de las mismas a los socios a la conclusión de las mismas. Que en relación al ejercicio del año 2015 tan pronto como se formule el informe por el citado auditor se entregará tanto a los socios como a la entidad prestamista.

IV

La Registradora Mercantil de Madrid, doña Isabel Adoración Antoniano González, mediante escrito de fecha 14 de marzo requiere a la sociedad para que en el plazo de diez días acredite el nombramiento del auditor y, en su caso, o bien la inscripción del mismo en el Registro mercantil o que el informe se ha puesto a disposición de los socios. Dicho requerimiento no ha sido atendido sin acreditar ninguno de los mencionados extremos.

V

El 11 de abril de 2016 se presenta en el Registro Mercantil escrito de don ….., consejero delegado de Aerogeneradores Eléctricos Españoles S. L. solicitando la resolución del expediente y poniendo en conocimiento que ha recibido la convocatoria de la junta general ordinaria de socios para el día 22 de abril y figurando como orden del día la aprobación de las cuentas anuales de 2015 entre otros extremos.

VI

La Registradora Mercantil de Madrid emite resolución de fecha 13 de abril de 2016 en la que, tras indicar que su requerimiento de información no ha sido atendido y habiendo trascurrido el plazo legalmente previsto, procede a la designación de auditor para el ejercicio 2015.

VII

Don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución mediante escrito fechado el día 5 de mayo, en base al siguiente argumento: que la mencionada mercantil contrató los servicios de «Ernst & Young S.L.» el 21 de septiembre de 2015, como resulta de la carta de encargo junto con las condiciones generales de contratación que se aportan, y que en fecha de 20 de abril envió y puso a disposición de don ….. tanto las cuentas anuales como el informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2015, aportando recibí firmado de tales documentos.

Indica también el recurrente que, si bien tal informe ya ha sido puesto a disposición del socio, se adjunta al presente recurso el informe completo de auditoría independiente correspondiente al ejercicio 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, vuelve a plantearse una cuestión sobre la que esta Dirección General se ha pronunciado reiteradamente y que versa sobre la situación que se produce cuando se ha llevado a cabo una designación de auditor por la sociedad no obligada a verificación entrando en conflicto con la solicitud de designación que insta un socio minoritario.

De forma reiterada (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio, 29 de octubre de 2013 y 27 de abril de 2015, entre otras muchas), 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 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, 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.

Esta es la postura igualmente de nuestro Tribunal Supremo que en su sentencia de fecha 9 de marzo de 2007 (con cita expresa de la doctrina de este Centro), afirma rotundamente que el interés del socio está debidamente satisfecho cuando el informe de verificación se ha llevado a cabo por el auditor con independencia del origen de su nombramiento llegando a afirmar que la pretensión de reiteración del informe puede considerarse un abuso de derecho. No puede aceptarse en consecuencia la pretensión de que existiendo persona designada se lleve a cabo una segunda auditoría sobre el mismo ejercicio económico situación que ni desde el punto de vista económico ni del jurídico es aceptable.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

2. En el expediente que da lugar a la presente la fehaciencia de la fecha del documento por el que se pretende acreditar la existencia de un nombramiento voluntario anterior es evidente, puesto que se acompaña copia del contrato suscrito el 21 de septiembre de 2015, y ante el requerimiento de la información contenida en el informe de auditoría el mismo fue enviado el 20 de abril.

Aún así conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada

resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vid.* Resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario, que de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

3. Cuestión distinta que procede analizar es el cumplimiento del requisito relativo al aseguramiento del interés protegible. En el supuesto de este expediente aún admitiendo que la sociedad había justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud del socio, puede concluirse que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado debidamente en el momento de emitir la presente resolución, ya que se acredita tanto su envío como su incorporación al propio recurso.

Efectivamente, no puede pretenderse que el informe de verificación esté completado en fecha cercana a la del cierre de ejercicio. Al respecto es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación por lo que su contabilidad no tiene porqué revestir una especial complejidad *(vid.* arts. 254, 257, 258 y 261 en relación al artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital); b) que la sociedad no ha solicitado la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, inscripción que se puede verificar sin necesidad de elevar a público el acuerdo del órgano de administración (arts. 154 y 192 en relación al 141 del Reglamento del Registro Mercantil); c) que de conformidad con el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital el plazo ordinario para la elaboración del informe de verificación es el de un mes desde que se haya puesto a disposición del auditor la documentación oportuna; d) que al tiempo de emitir esta resolución han transcurrido cinco meses desde el cierre del ejercicio social; e) que de lo anterior resulta que ha transcurrido un plazo razonable para la emisión del informe de verificación y que ha sido aportado por la sociedad en fase de recurso, amén de haber sido entregado al socio minoritario y solicitante, don…

Es también cierto que la inscripción de auditor voluntario no es obligatoria en principio pero no lo es menos que, de acuerdo a la constante doctrina de esta Dirección que ha sido por extenso recogida en las consideraciones anteriores, y a falta de entrega o puesta a disposición del informe de auditoría la sociedad está obligada a garantizar que el interés protegible que el socio minoritario ejerce mediante la solicitud prevista en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital está salvaguardado mediante la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento realizado, inscripción que evitará el depósito de las cuentas anuales del periodo a que se refiera el nombramiento si a las mismas no se acompaña el oportuno ejemplar del informe de verificación (art. 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

4. En el presente caso, junto con el recurso se acompaña informe de auditoría llevado a cabo por la firma anteriormente indicada y referido al ejercicio 2015, resultando además que el mismo ha sido entregado a don …..en fecha 20 de abril. Resulta forzoso entender que el interés del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen el auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Procede en consecuencia la estimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Madrid, doña Isabel Adoración Antoniano González de fecha 13 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 7 de julio de 2016 (1.ª)

En el expediente 54/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hermanos Álvarez Oros, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 29 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, 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 «Hermanos Álvarez Osorio, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Que con fecha 1 de abril de 2016 se da traslado de la solicitud a la sociedad, mediante correo certificado con acuse de recibo, notificación recibida el 7 de abril de 2016, sin que resulte del expediente haberse formulado oposición o alegaciones por la misma.

III

El Registrador Mercantil de Zaragoza I, don Joaquín Rodríguez Hernández, dictó resolución en fecha 19 de abril de 2016 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., actuando en nombre y representación de «Hermanos Álvarez Oros, S.L.», por escrito de fecha 21 de abril de 2016, que tuvo entrada el 22 de abril de 2016 en el Registro Mercantil de Zaragoza, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que el solicitante fue administrador solidario de la sociedad renunciando en escritura pública el 30 de diciembre de 2015 (inscripción de 6 de abril de 2016) y, por tanto, no podía ejercer el derecho, como socio, de solicitar auditoría de cuentas del ejercicio 2015.

V

Con fecha 20 de mayo de 2016 tiene entrada en el Ministerio de Justicia oficio remitido por don Joaquín Rodríguez Hernández, Registrador Mercantil de Zaragoza I, acompañando escrito de don …..dirigido al citado registro mercantil, en el que a la vista del escrito de oposición a la auditoría solicitada, y tras las manifestaciones que estima oportunas, suplica del registro mercantil acuerde el nombramiento de auditor de cuentas anuales para el ejercicio 2015 de la mercantil en cuestión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La cuestión planteada es si el socio, administrador solidario, puede ejercer o no su derecho a solicitar la auditoría de cuentas de la sociedad.

2. Esta Dirección General, en Resolución de 24 de Julio de 2014, tiene establecido que, por regla general, la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no impide el ejercicio de este derecho, excepto cuando se trate de administrador único o solidario, ya que en estos casos podría haber contratado por sí mismo la auditoría como un acto propio de la gestión social de la empresa.

3. En el presente caso, si bien es cierto que don ….. era administrador solidario de la empresa, se encontraba desde el 31 de enero de 2015 en situación de incapacidad absoluta por enfermedad común, como se acredita con un informe del Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 18 de mayo de 2015, lo que le impedía ejercer sus funciones como administrador. Por ello, tal y como indicaba el Registrador Mercantil (si bien teniendo en cuenta la fecha de comienzo de la incapacidad temporal, esto es, 31 de enero de 2015 y no la de manifestación de cese del cargo por el interesado, es decir, 15 de octubre de 2013) a partir de la expresada fecha, en que ya no ejerce las funciones de administrador solidario, tiene derecho, como socio minoritario, a solicitar el nombramiento de auditor regulado en la Ley de Sociedades de Capital, ya que no ejerció dichas funciones durante todo el ejercicio cuya verificación contable se requiere (2015).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Zaragoza I, don Joaquín Rodríguez Hernández, de fecha 19 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Zaragoza.

Resolución de 7 de julio de 2016 (2.ª)

En el expediente 80/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Vesta 2000, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 15 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona en el que tuvo su entrada con fecha 15 marzo 2016, 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 «Vesta 2000, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando:

1.º La mala fe del socio minoritario así como el ejercicio abusivo de los derechos individuales que a la minoría le otorga la legislación mercantil.
2.º El socio instante ha tenido toda la información de la sociedad y conoce perfectamente las circunstancias de la misma.
3.º Falta de medios económicos para hacer frente a la auditoría.

III

La registradora mercantil de Barcelona, doña Azucena Bullón Manzano, dictó resolución en fecha 6 de abril 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 2 de mayo de 2016, que tuvo su entrada el 3 de mayo 2016 en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, y en relación a la mala fe es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (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 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. En segundo lugar, tampoco es aceptable enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales *(vid.* Resoluciones de este Centro de 7 de mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013). En ningún caso la apelación a dicha circunstancia puede enervar la pretensión de nombramiento, 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. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, independientemente de si ejercieron previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o si, por cualquier otra circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador, tuvieron acceso a la contabilidad social *(vid.* arts. 196 y 197 en relación con los arts. 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 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).

3. Finalmente, en cuanto los costes de la verificación contable, de acuerdo con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales (art. 267 del mismo texto legal), corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero, 30 de julio, 4 y 5 de agosto de 2014 entre las más recientes), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona, doña Azucena Bullón Manzano de fecha 6 de abril 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 7 de julio de 2016 (3.ª)

En el expediente 90/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Serki Instalaciones y Servicios, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito el 31 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Alicante I, 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 «Serki Instalaciones y Servicios, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Por escrito de fecha 1 de abril de 2016 se da traslado de la solicitud a la sociedad, mediante correo certificado con acuse de recibo, del que consta la recepción el 7 de abril de 2016. A la misma se acompañan los siguientes documentos adjuntos: copia de la escritura de compraventa de las participaciones sociales otorgada en Elche, el 29 de febrero de 2012, ante su notario don Alberto María Cordero Garrido, 285 de protocolo; auto dictado el 25 de junio de 2015, del Juzgado de 1.ª Instancia de Elche número 3, desestimando la medida cautelar de suspensión del ejercicio de los derechos de socio de don ….., en la mercantil «Serki Instalaciones y Servicios, S.L.» y auto dictado el 24 de junio de 2015, por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Elche, con el mismo contenido que el anterior.

III

El 13 de abril de 2016 tuvo entrada en el Registro escrito de oposición por parte de la sociedad afectada sobre la base de existir demanda de nulidad y retracto del derecho de adquisición preferente, sobre la compraventa formalizada en la escritura que sirve de base al ejercicio del derecho del socio peticionario.

IV

El Registrador Mercantil de Alicante I, don Jaime del Valle Pintos, dictó resolución en fecha 18 de abril de 2016 por la que acordó estimar la oposición de la sociedad y no proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ….., actuando en nombre y representación de don …..., por escrito de fecha 4 de mayo de 2016, que tuvo entrada el 16 de mayo de 2016 en el Registro Mercantil de Alicante I, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando falta de motivación de los actos administrativos y error en la aplicación de las normas y criterios jurisprudenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La cuestión planteada es si, estando pendiente un juicio relativo a la titularidad de las participaciones, puede el socio ejercitar o no su derecho a solicitar la auditoría de las cuentas de la sociedad.

2. En Resoluciones de 10, 17 y 22 de mayo de 1991 o 21 de mayo de 1999 por parte de este Centro Directivo se estableció que, si hay un juicio pendiente civil o criminal, en que se discuta la titularidad de las acciones que legitiman al solicitante, el socio ostentará todos sus derechos en tanto no recaiga resolución judicial que aclare la validez de la transmisión cuestionada; si bien razones de prudencia obligan a suspender las acciones hasta que los Tribunales se pronuncien.

3. En este caso concreto, distinto al de las resoluciones antes citadas, tal y como señala el recurrente, no parece haber obstáculo para el ejercicio de este derecho por parte del socio minoritario, teniendo en cuenta, como se señala en el escrito del recurso, que el mismo adquirió sus acciones en virtud de título suscrito ante fedatario público.

4. Tal y como señalan las resoluciones antes citadas, en tanto no recaiga resolución judicial que resuelva la cuestión el socio conservará todos sus derechos, sin que en este caso concreto parezca posible o conveniente invocar motivos de prudencia que impidan al socio ejercitar su derecho. Más al contrario, como resulta de los hechos, ya se solicitaron dos veces medidas cautelares en este sentido (privar de este derecho al socio) y sendas resoluciones desestimaron las mismas, por lo que no parece haber lugar a privar del mismo al socio minoritario.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Alicante I, don Jaime del Valle Pintos, de fecha 18 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 8 de julio de 2016

En el expediente 35/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Europ-Beifa, S.A., en liquidación».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 23 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 24 de febrero de 2016, 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 «Europ-Beifa, S.A., en liquidación», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando:

1. Que la sociedad se encuentra en liquidación.
2. Que la sociedad carece de medios económicos para hacer frente a los honorarios del auditor de cuentas, pudiendo dar lugar a la necesidad de tener que solicitar el concurso voluntario de la misma.
3. Que el solicitante anteriormente ya la había solicitado, siempre fuera de plazo y que su único propósito era obtener ventajas en el proceso de liquidación, siendo evidente el fraude de ley perseguido por el mismo.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don Francisco Javier Sáenz Villar dictó resolución en fecha 9 de marzo de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don …..., en nombre y representación de la sociedad, en su calidad de liquidador, por escrito de fecha 31 de marzo de 2016, que tuvo entrada el 4 de abril de 2016 en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo que las acciones del socio se encuentran embargadas, no pudiendo por ello solicitar la auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de

Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

Respecto a la alegación de la recurrente basada en que la sociedad se encuentra en liquidación. Se ha de recordar que aunque la sociedad se encuentre en situación de 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).

En segundo lugar, y respecto a la ausencia de medios de la sociedad para hacer frente al gasto de la auditoría, 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 25 de marzo y 18 de junio de 2009 y 24 de marzo de 2010, entre otras).

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 accionista a requerir el nombramiento ya que, si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil) y no ampara, por el contrario, el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 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 último lugar, respecto a la alegación del recurrente basada en la existencia de un embargo a favor de la Administración Tributaria sobre las acciones del solicitante de la auditoría. El embargo de las acciones no implica la pérdida de la propiedad de la cosa embragada, ni de los derechos económicos

y políticos que de la misma se derivan, sino que más bien es una toma de razón a efectos de garantía y preferencia de la existencia de un procedimiento ejecutivo contra el propietario del bien embargado, estando en consecuencia legitimado para ejercitar, en unión con otro u otros socios, el derecho a la verificación contable que la ley les reconoce.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid don Francisco Javier Sáenz Villar de fecha 9 de marzo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 12 de julio de 2016 (1.ª)

En el expediente 45/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Allglass Confort Systems, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 25 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y como titular de más del 5% del capital social de «Allglass Confort Systems, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015. Se acompaña copia de escritura de compraventa de participaciones sociales de autorizada por el notario de Málaga don Juan Carlos Martín Romero el día 30 de julio de 2015, número 4411 de su protocolo.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante carece de legitimación para pedir el nombramiento de auditor. Considera la venta aportada como un contrato simulado. El vendedor es hijo del adquirente, vendió sus participaciones por un precio muy inferior al de mercado y sin acreditar medio de pago alguno. La finalidad de la venta no era la transmisión de un patrimonio, sino permitir a don …..concurrir con la actividad de la mercantil eludiendo el pacto societario de no competencia firmado entre los socios, y además evitar los posibles efectos del procedimiento que se sigue contra él en el Juzgado de Primera Instrucción núm. 10 de Málaga, diligencias previas 5072/2015. 2.º ….., ya se opuso a la realización de una auditoría solicitada por un socio minoritario, lo que ocasionó su cese tras las evidencias de comisión de diversas irregularidades. La finalidad de esta solicitud es un flagrante abuso de derecho que persigue en realidad obtener información que pueda serle útil a su hijo en el procedimiento. Se acompañan: 1.º Denuncia presentada contra el vendedor de las citadas participaciones. 2.º Providencia de la Magistrado Juez doña Estela Gómez Giner en la que se acuerda la declaración como imputado de don ….., entre otros.

III

El Registrador Mercantil de Málaga, don José Miguel Crespo Monerri dictó resolución en fecha 17 de marzo de 2016 por la que acordó no admitir la oposición y mantener el nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2015.

IV

Don ….. y don ….., por escrito de fecha 8 de abril de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Málaga, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo que la mercantil firmó contrato de auditoría para el ejercicio 2015 con doña ….., nombrada a su vez por el Registro Mercantil para la verificación de las cuentas del 2014. Se acompañan: 1.º Copia del Boletín Oficial del Estado de 14 de agosto de 2015 donde consta la inscripción del nombramiento de doña ….., en fecha 4 de agosto de 2015. 2.º Copia de contrato suscrito el día 25 de septiembre de 2015, entre «Allglass Confort Systems, S.L.» y doña ….. por la que acuerdan, entre otros asuntos, la auditoría para el ejercicio 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede considerarse fundamento hábil para enervar la solicitud del socio peticionario la primera de las causas de recurso relativa a que el solicitante carece de legitimación por considerar que el contrato de adquisición de las participaciones es un contrato simulado o que su finalidad es permitir que el vendedor concurra con la actividad de la mercantil eludiendo el pacto societario de no competencia. El presente expediente tiene por objeto determinar si concurren los requisitos que, como regla general, se exigen para que un socio pueda solicitar el nombramiento de auditor al Registrador Mercantil del domicilio social de la sociedad cuya auditoría se pretende. Son dos los presupuestos que establece el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para que la petición sea estimada, esto es, que el socio solicitante reúna participaciones que representen, al menos, el 5% del capital social y que la solicitud se presente antes de que transcurran tres meses del cierre del ejercicio social, todo ello sin perjuicio de la existencia de ciertas excepciones en las que, no obstante la concurrencia de los citados presupuestos, no sería procedente el nombramiento de auditor solicitado, cuestión que abordaremos al resolver sobre la tercera de las razones de recurso. Por lo tanto, acompañada la instancia del solicitante de copia de escritura de adquisición de participaciones sociales que representan más del 5% del capital social, y al haberse presentado la citada instancia antes de que hayan transcurrido tres meses contados desde el cierre del ejercicio social no puede ser admitida dicha alegación. Al limitarse el objeto de este procedimiento a decidir sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento de auditor, carece este Centro Directivo de competencia para pronunciarse sobre cuestiones ajenas a dicho ámbito, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (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 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

2. Del mismo modo no pueden prosperar las alegaciones consistentes en que el vendedor de las participaciones se opuso, en su día, a la solicitud de nombramiento de auditor a instancia de otro socio minoritario o que la finalidad del peticionario es un flagrante abuso de derecho. En íntima conexión con lo expuesto anteriormente, este Centro Directivo carece de competencia para examinar dichas motivaciones 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 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).

3. Por último, tampoco puede ser considerada causa hábil para frustrar la solicitud del socio el tercero de los razonamientos esgrimidos en el escrito de

recurso consistente en que la mercantil ha contratado un auditor de cuentas para que verifique las correspondientes al ejercicio 2015, pues si bien es cierto que ha presentado el contrato de auditoría, no lo es menos que no ha garantizado el derecho del socio al informe por uno de los medios admitidos por esta Dirección General.

De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), 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, como se expuso en un momento anterior, 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, 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 resolución del Registrador Mercantil que decida sobre la procedencia o improcedencia del nombramiento de auditor solicitado, o en su caso, a la resolución del expediente por este Centro Directivo. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo 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 del presente expediente resulta que se ha incorporado el contrato de auditoría como documentación complementaria del recurso interpuesto. Sin embargo no se ha acreditado haber garantizado el derecho del socio al informe de auditoría por alguno de los medios expuestos.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Málaga, don José Miguel Crespo Monerri, de fecha 17 de marzo de 2016.

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

impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Málaga.

Resolución de 12 de julio de 2016 (2.ª)

En el expediente 47/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inmoarevalillo, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito de fecha 16 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Inmoarevalillo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando:

1. Que la solicitud lo único que persigue es seguir enturbiando el nombre de la sociedad.
2. Que los procedimientos iniciados por el solicitante implican perjuicios económicos para la sociedad, debiendo pagar unos servicios de auditoría.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don Manuel Álvarez Gómez dictó resolución en fecha 30 de marzo de 2016, por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña …..., en nombre y representación de la sociedad, por escrito de fecha 15 de abril de 2016, que tuvo entrada el mimo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede prosperar la causa de oposición basada en la actitud maliciosa del solicitante, así 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 accionista a requerir el nombramiento ya que, si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil) y no ampara, por el contrario, el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 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).

2. Respecto a la segunda causa de oposición, 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 25 de marzo y 18 de junio de 2009 y 24 de marzo de 2010, entre otras).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid, don Manuel Álvarez Gómez de fecha 30 de marzo de 2016

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 12 de julio de 2016 (3.ª)

En el expediente 49/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «MBJO Corporacio, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito de fecha 25 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «MBJO Corporacio, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando:

1. Que la sociedad «MBJO Corporacio, S.L,» es una sociedad holding cuyo único activo es el 100 % de las acciones que forman el capital de la sociedad «Bagues Masriera,

S.A.U.», estando la citada sociedad auditada por los auditores «Activa Auditoría y Consultoría S.L.P.». Y el solicitante, que forma parte del Consejo de Administración de la citada compañía conoce perfectamente la estructura de ambas compañías.

2. Que no se le ha impedido el derecho a la información al socio solicitante de la auditoría, actuando el mismo de mala fe, no pudiendo la Ley amparar el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.

3. Que la auditoría implica que la sociedad tenga que incurrir en unos gastos innecesarios y superfluos.

4. Se manifiesta la voluntad de que en caso de no admitirse la pretensión, se nombren como auditores a los que lo son de la sociedad participada.

III

La Registradora Mercantil I de Barcelona doña Dolores Fernández Ibáñez dictó resolución en fecha 19 de abril de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., en nombre y representación de la sociedad, por escrito de fecha 5 de abril de 2016, que tuvo entrada el 14 de abril de 2016 en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En relación a la primera causa de oposición, esta Dirección General entiende que el hecho de que una sociedad tenga por objeto la participación en otra tercera sociedad, no implica que ambas sociedades sean la misma, es más, cada una conserva su propia estructura, órganos y sus propios socios que pueden o no coincidir con los de la sociedad participada, y éstos tendrán por lo tanto, los derechos reconocidos en la Ley en cada sociedad, entre los que se encuentra el derecho a solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas para la misma.

2. En relación a la causa de oposición segunda, cabe recordar 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 como recoge el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. Respecto al gasto de la auditoría, 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 25 de marzo y 18 de junio de 2009 y 24 de marzo de 2010, entre otras).

Respecto a la última pretensión del recurrente, la solicitud de la sociedad es posterior a la del solicitante de la auditoría, así este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad de la Ley 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 su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil I de Barcelona doña Dolores Fernández Ibáñez de fecha 19 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 18 de julio de 2016

En el expediente 44/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Construcciones Salvadores Caler, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 29 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Cádiz, en el que tuvo su entrada el 5 de febrero de 2016, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y como titular del 49,8 % del capital social de «Construcciones Salvadores Calero S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Don …..., en nombre y representación de «Construcciones Salvadores Calero, S.L.», como administrador único, se opuso a la pretensión de la socia alegando: 1.º Que la solicitante, que fue su esposa, viene desarrollando todo tipo de estrategias tendentes al hundimiento de la sociedad familiar que ha sido el sustento de las tres hijas comunes y a la persecución de su persona en todos los foros posibles. Su actitud es consecuencia de los continuos fracasos que recogen sus acciones ante los juzgados civiles. Su proceder es un

claro abuso en el ejercicio del derecho, actitud proscrita por el 7.2 del Código Civil. 2.º Se ha pasado por alto el contenido del artículo 40 del Código de Comercio, en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la Ley 15/2015, de dos de julio de Jurisdicción Voluntaria que establece «todo empresario vendrá obligado a someter a auditoría las cuentas anuales ordinarias o consolidadas, en su caso, de su empresa, cuando así lo acuerde el Secretario Judicial o el Registrador Mercantil del domicilio social del empresario si acogen la petición fundada de quien acredite un interés legítimo. Antes de estimar la solicitud, el Secretario Judicial o el Registrador Mercantil deberán exigir al solicitante que adelante los fondos necesarios para el pago de la retribución del auditor».

III

El Registrador Mercantil de Cádiz dictó diligencia de mejor proveer a los efectos de que la solicitante, a la vista de la oposición interpuesta, pudiese alegar cuanto estimase procedente.

IV

Doña ….., mediante escrito presentado en la oficina de correos el día 29 de febrero de 2016, realizó las siguientes alegaciones: 1.º El señor Salvadores confunde sus intereses personales y familiares con su cargo de administrador único de la mercantil. Ello ha ocasionado un verdadero desastre de la gestión del patrimonio y objeto de la sociedad. La única forma de saber la situación real es a través de un auditor de cuentas. 2.º Los honorarios del auditor son de cargo de la sociedad.

V

El Registrador Mercantil de Cádiz, don Manuel Matas Bendito dictó resolución en fecha 10 de marzo de 2016 por la que resolvió acceder al nombramiento de auditor solicitado.

VI

El administrador único de la mercantil, por escrito de fecha 1 de abril 2016, que se presentó en la oficina de correos el mismo día y que tuvo entrada el 7 de abril de 2016 en el Registro Mercantil de Cádiz, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que las alegaciones del escrito de oposición no pretenden que no se nombre auditor, sino que se cumpla la ley vigente y que los honorarios sean sufragados conforme a lo que establece el artículo 40.1 del Código de Comercio. Sin embargo el Registrador no se pronuncia sobre este aspecto, con lo que se produce una incongruencia omisiva en la resolución recurrida al no resolver el problema principal que ha sido planteado, esto es, el referido a la financiación de la petición. El citado artículo pretende poner freno al abuso de derecho que supone tener que soportar el coste de una auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y 40 del Código de Comercio, 4 del Código Civil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede ser admitida la primera y única causa de recurso alegada por el recurrente como fundamento de su pretensión, consistente en que, a su juicio, el artículo 40.1 del Código de Comercio, en relación con el artículo 265.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, debe ser interpretado en el sentido de que el Registrador debe exigir al solicitante de la auditoría que adelante los fondos necesarios para retribuir al auditor.

Las previsiones legales relativas a los gastos de auditoría contenidas en los artículos 40 del Código de Comercio y en el 265.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital responden a supuestos distintos, con regímenes jurídicos y consecuencias también dispares. De ello resulta que no es extrapolable la solución del artículo 40 del Código de Comercio al supuesto del artículo 265.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Así, el artículo 40 del Código de Comercio dispone en su número 1 que «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 de lo dispuesto en los artículos 32 y 33 de este Código, todo empresario vendrá obligado a someter a auditoría las cuentas anuales ordinarias o consolidadas, en su caso, de su empresa, cuando así lo acuerde el Secretario judicial o el Registrador mercantil del domicilio social del empresario si acogen la petición fundada de quien acredite un interés legítimo. Antes de estimar la solicitud, el Secretario judicial o el Registrador mercantil deberán exigir al solicitante que adelante los fondos necesarios para el pago de la retribución del auditor.

La sociedad únicamente podrá oponerse al nombramiento aportando prueba documental de que no procede el mismo o negando la legitimación del solicitante.

La solicitud ante el Registrador mercantil se tramitará de acuerdo con lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. La designación de auditor se sujetará al turno reglamentario que establece el Reglamento del Registro Mercantil.

Se instará ante el Secretario Judicial, se seguirán los trámites establecidos en la legislación de jurisdicción voluntaria.

La resolución que se dicte sobre la procedencia o improcedencia de la auditoría será recurrible ante el Juez de lo mercantil».

Por su parte, el artículo 265.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital establece que «En las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el 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 que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio».

El artículo 40 del Código de Comercio legitima para solicitar nombramiento de auditor a cualquiera que acredite un interés legítimo, pudiendo ser un acreedor, un obligacionista o cualquiera a quien el secretario o el registrador le reconozca tal carácter. De ahí que se prevea que el coste de la auditoría pueda ser soportado por este tercero en su integridad o en parte con la finalidad evidente de proteger a la sociedad de un abuso en ejercicio de esta facultad.

Sin embargo, nada semejante ocurre en el supuesto del artículo 265.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital que otorga a cualquier socio, por el mero hecho de serlo, el derecho a solicitar auditoría como una ampliación de su derecho general de información (sin que se confunda con este). Así pues el mandato contenido en la Ley es claro en este supuesto y por eso no queda condicionado por lo previsto en el Código de Comercio para un supuesto completamente distinto.

De todo lo anterior resulta que, como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 entre las más recientes), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación e impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil, siendo los costes de auditoría de cargo de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Cádiz, don Manuel Matas Bendito, de fecha 10 de marzo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Cádiz.

Resolución de 19 de julio de 2016 (1.ª)

En el expediente 46/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Espacio XXI Formación y Consultoría, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 25 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 1 de febrero de 2016, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y como titular de más del 5% del capital social de «Espacio XXI Formación y Consultoría, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Mediante diligencia de mejor proveer, de fecha 3 de febrero de 2016, el Registrador Mercantil de Madrid requirió al solicitante para que, en el plazo de diez días, aportara los documentos acreditativos de su legitimación.

III

El 18 de febrero de 2016 don ….. presentó, en el Registro Mercantil de Madrid, copia de escritura pública de compraventa de acciones autorizada por el notario de Madrid don Jorge García Llorente el día 5 de noviembre de 2008, número 509 de su protocolo.

IV

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el órgano de administración de «Espacio XXI de Formación y Consultoría, S.A.» ha encargado la realización de un informe de auditoría del ejercicio 2015. Se adjunta contrato de prestación de servicios relativo al informe de auditoría suscrito el 21 de enero de 2016.

V

Mediante diligencia de mejor proveer el Registrador Mercantil de Madrid requirió a la mercantil para que, en el plazo de diez días, acreditase conforme al artículo 1227 de Código Civil, el nombramiento de auditor y la aceptación del mismo con fecha fehaciente, debiendo proceder, en su caso y al objeto de determinar si el derecho del socio ha quedado ineludiblemente garantizado, a la inscripción de dicho nombramiento, o bien acreditar haber puesto el informe de auditoría a disposición del socio minoritario o incorporarlo al expediente.

VI

El Registrador Mercantil de Madrid, don José María Méndez-Castrillón dictó resolución en fecha 28 de marzo de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

VII

Por escrito de fecha 5 de abril de 2016, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el 7 de abril de 2016, don ….., detalló una serie de informaciones y documentos. En particular manifiesta que el motivo de la junta general extraordinaria del próximo 14 de abril de 2016 es la ratificación del nombramiento voluntario de auditor realizado por la administradora para posteriormente inscribir dicha acta en el Registro Mercantil de Madrid, por lo que la inscripción en el registro sería posterior a la solicitud presentada. Además añade que, respecto del nombramiento voluntario de auditor, no hay independencia porque dos de los socios mantienen relaciones societarias con un accionista y apoderado de la empresa de auditoría propuesta, así como porque la empresa de auditoría citada tiene la misma sede en Madrid que otra empresa de la que son accionistas dos socios meritados de «Espacio XXI Formación y Consultoría S.A.». Se acompaña: 1.º Copia de la convocatoria de la junta general extraordinaria de «Espacio XXI Formación y Consultoría S.A.» del día 14 de abril de 2016. 2.º Copia del escrito dirigido a la Administradora Única, impugnando el punto 1 de la convocatoria. 3.º Copia del acta de la junta general extraordinaria celebrada el 16 de septiembre de 2015, motivo de la impugnación citada.

VIII

Doña ….., actuando en su condición de administradora única, por escrito de fecha 14 de abril de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la mercantil encargó la realización de un informe de auditoría del ejercicio 2015, toda vez que durante el mismo se percibieron subvenciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas por un importe total acumulado superior a 600.000 euros. El contrato se suscribió el 21 de enero de 2016 con el órgano de administración de «Servicios Empresariales Arquímedes S. L. P.». Que a los efectos de ratificar el nombramiento de la entidad auditora se convocó junta general para su celebración el 14 de marzo de 2016. La junta ratificó el nombramiento de «Servicios Empresariales Arquímedes S. L. P.» con el voto favorable del 85,83 %. Se cumple la doble condición exigida por la Dirección General para enervar la solicitud del socio: en primer lugar que se haya contratado la auditoría y, en segundo lugar, que se haya garantizado al socio el derecho al informe de auditoría mediante la inscripción del nombramiento. 2.º Como se ha expuesto la mercantil está obligada a la verificación contable por lo que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de capital. Se acompañan: 1.º Diversas resoluciones relativas a la concesión de las subvenciones. 2.º Contrato de auditoría suscrito. 3.º La aceptación del cargo por parte de «Servicios Empresariales Arquímedes S. L. P.». 4.º Convocatoria de la junta general a los efectos de ratificar el nombramiento de la entidad auditora. 5.º Certificación del acta de la junta general celebrada el 14 de abril de 2016, en la que se ratificó el citado acuerdo. 6.º Solicitud de depósito en el Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, Disposición adicional primera de la Ley de Auditoría de Cuentas de 20 de julio de 2015, disposiciones adicionales segunda y tercera 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.

1. No puede ser estimada la primera de las causas de recurso aducidas por la recurrente relativa a que, habiéndose nombrado auditor de cuentas mediante contrato suscrito el 21 de enero de 2016, se cumple la doble exigencia requerida por este Centro Directivo para que el nombramiento de auditor realizado por la sociedad frustre la solicitud del socio. Esto es así porque si bien es cierto que se ha cumplido el requisito consistente en que haya habido nombramiento voluntario de auditor de cuentas con fecha anterior a la solicitud del socio, no lo es menos que no se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría por ninguno de los medios hábiles establecidos al efecto. En concreto, la sociedad manifiesta que se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría mediante la oportuna inscripción del nombramiento, sin embargo no se ha practicado la meritada inscripción por adolecer la documentación presentada de defecto insubsanable.

2. En segundo lugar, la sociedad expone como segunda razón de recurso que no le es aplicable el artículo 265.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital porque está obligado legalmente a someter sus cuentas a auditoría por haber recibido subvenciones por importe superior a 600.000 euros.

La Disposición adicional primera de la Ley de Auditoría de Cuentas de 20 de julio de 2015 se establece, en su apartado 1.e) «Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones, deberán someterse en todo caso a la auditoría de cuentas prevista en el artículo 1.2 de esta Ley, las entidades, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: e) Que reciban subvenciones, ayudas o realicen obras, prestaciones, servicios o suministren bienes al Estado y demás organismos públicos dentro de los límites que reglamentariamente fije el Gobierno por real decreto».

Esta Disposición está complementada por las disposiciones adicionales segunda y tercera del Reglamento de Auditoría de Cuentas.

La Disposición adicional segunda dispone «1. En desarrollo de lo dispuesto en la disposición adicional primera, apartado 1.e) del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, y sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las entidades, cualquiera que sea su naturaleza jurídica y siempre que deban formular cuentas anuales conforme al marco normativo de información financiera que le sea aplicable, que durante un ejercicio social hubiesen recibido subvenciones o ayudas con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas o a fondos de la Unión Europea, por un importe total acumulado superior a 600.000 euros, estarán obligadas a someter a auditoría las cuentas anuales correspondientes a dicho ejercicio y a los ejercicios en que se realicen las operaciones o ejecuten las inversiones correspondientes a las citadas subvenciones o ayudas, en los términos establecidos en el artículo 1.2 del citado texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas. 2. Se considerarán recibidas las subvenciones o ayudas, a los efectos de esta disposición, en el momento en que deban ser registradas en los libros de contabilidad de la empresa o entidad, conforme a lo establecido a este respecto en la normativa contable que le resulte de aplicación».

Por su parte, la citada Disposición Adicional tercera prevé: «En desarrollo de lo dispuesto en la disposición adicional primera, apartado 1.e), del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, y sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las entidades, cualquiera que sea su naturaleza jurídica y siempre que deban formular cuentas anuales conforme al marco normativo de información financiera que le sea aplicable, que durante un ejercicio económico hubiesen celebrado con el Sector Público los contratos contemplados en el artículo 2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público por un importe total acumulado superior a 600.000 euros, y éste represente más del 50 % del importe neto de su cifra anual de negocios, estarán obligadas a someter a auditoría las cuentas anuales correspondientes a dicho ejercicio social y las del siguiente a éste, en los términos establecidos en el artículo 1, apartado 2, del citado texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas. 2. Se considerarán realizadas las actuaciones referidas en el apartado anterior, a los efectos de esta disposición, en el momento en que deba ser registrado el derecho de cobro correspondiente en los libros de contabilidad de la entidad, de acuerdo con lo dispuesto a este respecto en el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación».

En el presente caso no se acredita haber recibido las meritadas subvenciones en los términos expresados, y al no constar depositadas en el Registro Mercantil las cuentas correspondientes al ejercicio 2015 no se puede comprobar la efectividad del citado extremo.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid, don José María Méndez-Castrillón, de fecha 28 de marzo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 19 de julio de 2016 (2.ª)

En el expediente 69/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Mecanizados Ogal, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 29 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Mecanizados Ogal, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad representada por su administrador único….., se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que ya existe un auditor independiente designado que ya está procediendo al desarrollo y elaboración de los trabajos. Que la empresa ya ha pagado los servicios de la firma auditora y provocaría una duplicidad de costes el nombramiento de un segundo auditor.

Se acompaña fotocopia del acta de presencia de fecha 15 de septiembre de 2014 del notario de Porriño doña Margarita Colunga Fidalgo de la que resulta que en la Junta de socios de 16 de septiembre de 2014 se acordó la designación de una firma de auditoría.

III

El Registrador Mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot mediante diligencia de 9 de marzo de 2016 requirió a la sociedad a fin de que aportase el acta relacionada y presentada mediante fotocopia, la aceptación de la sociedad auditora o bien a la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, o bien a justificase la puesta a disposición del socio el informe de auditoría o bien su incorporación al expediente.

La sociedad el día 21 marzo 2016, aportó la documentación solicitada pero la inscripción no se llevó a cabo por falta de previo depósito de cuentas del ejercicio 2013.

IV

El Registrador Mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot dictó resolución en fecha 18 de abril de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ….., en representación de la sociedad, por escrito de fecha 2 de mayo de 2016, que tuvo entrada posterior en el Registro Mercantil de Pontevedra, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo que: 1.º Que el socio es perfectamente conocedor del nombramiento anterior, que el registrador no pone en duda, por lo que su derecho a conocer el informe está garantizado. 2.º Que insistiendo en lo anterior cuando esté finalizado el informe se convocará Junta. Que no ha existido acuerdo de revocación del nombramiento anterior de auditor por lo que sigue vigente y será cuando se convoque la Junta cuando se ponga a disposición del socio el informe de verificación. Que no se sabe porqué el nombramiento por el Registrador Mercantil supone mayor garantía por cuanto si la inscripción en el Registro Mercantil no se ha podido llevar a cabo tampoco se inscribirá ese nombramiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. De forma reitera (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), 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 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, 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.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que «dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

2. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad ha acreditado que en su día nombró auditor para el periodo a que se refiere la solicitud del socio minoritario y se acompaña con este expediente informe de auditoría de fecha 5 de abril de 2016.

Es cierto que la sociedad no ha podido llevar a cabo la inscripción en el Registro Mercantil por tener el folio cerrado a consecuencia de la falta de depósito de cuentas de ejercicios anteriores pero ha acreditado que el informe de verificación se ha llevado a cabo y se ha incorporado al expediente cumpliendo así los requisitos exigidos por la Ley de Sociedades de Capital y el Reglamento del Registro Mercantil. Procede en consecuencia la estimación del recurso. Ni jurídica ni económicamente tendría justificación la designación de un nuevo auditor que llevase a cabo la misma tarea de verificación que se ha realizado. Como pone de relieve la sentencia citada de nuestro Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007, la pretensión de que se lleve a cabo una nueva auditoría referida al mismo ejercicio debe ser rechazada por innecesaria sin perjuicio de la valoración jurídica que de tal pretensión puedan deducir los Tribunales de Justicia.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil la resolución del Registrador Mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot de fecha 20 de abril de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Pontevedra.

Resolución de 21 de julio de 2016 (1.ª)

En el expediente 21/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «H20 Mobile, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentaron un escrito de fecha 12 de enero de 2016 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 14 de enero de 2016, 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 «H20 Mobile, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad no se opuso a la pretensión de los socios solicitantes, habiendo transcurrido el plazo para ello.

III

El Registrador Mercantil IV de Madrid, don Alfonso Ventoso Escribano dictó resolución en fecha 2 de marzo de 2016 por la que acordó dejar en suspenso la designación de auditor, debido a que con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento de auditor, fue presentada el día 25 de noviembre de 2015 escritura pública de acuerdos sociales, entre los que se encontraba la reducción y aumento de capital social, habiendo sido calificada con defectos subsanables el día 17 de febrero, estando por lo tanto pendiente de subsanación. Y como observa el Registrador, de llegarse a inscribir los solicitantes ya no tendrían la legitimación necesaria para solicitar nombramiento de auditor al ser su participación en el capital social inferior al 5%.

IV

Con fecha 18 de marzo de 2016, don ….. y don ……, presentan un escrito en el Registro Mercantil IV de Madrid, en el que tuvo entrada el 21 de marzo de 2016, mediante el cual alegan que el acuerdo de la Junta General por el que se aprueba la reducción y aumento de capital, no puede ser óbice para el nombramiento solicitado ya que la solicitud se presentó antes de la celebración de la Junta General, siendo el acuerdo por lo tanto posterior a la solicitud, ya que la eficacia del mismo quedó condicionada a la suscripción del aumento del capital, para lo cual se otorgó el plazo de un mes para el ejercicio del derecho a suscripción preferente. Entendiendo el Registrador que por el escrito de alegaciones se interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución.

V

El día 30 de marzo tiene entrada en el Registro Mercantil de Madrid escrito de don ….. y don ….. por el que manifiestan su voluntad de desistir del recurso de alzada.

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 el desistimiento presentado por don ….. y don …..., solicitantes de la auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 para la sociedad «H20 Mobile, S.L.» y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia al no existir interés protegible que imponga su continuación.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el desistimiento y acordar la conclusión del procedimiento de nombramiento de auditor.

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

Madrid, 21 de julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 21 de julio de 2016 (2.ª)

En el expediente 103/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Biocombustibles Montequinto, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 29 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Biocombustubles Montequinto, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015, acreditando ser titular de más 5% del capital social.

II

Por medio de escrito de fecha 30 de marzo de 2016 de don Juan Ignacio Madrid Alonso,Registrador Mercantil de Sevilla, la sociedad es notificada de la solicitud formulando oposición a la pretensión del mencionado socio mediante escrito de 8 de abril suscrito por doña ….., administrador solidario de la mercantil.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución de fecha 3 de mayo de 2016 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., administrador solidario de la mercantil interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 3 de mayo, en base al siguiente argumento: que «el órgano de administración de la «Biocombustibles Montequinto, S. L» tenía acordado desde el pasado 10 de marzo de 2016, para efectuar el examen y revisión de las cuentas correspondientes al ejercicio cerrado con fecha 31 de diciembre de 2015, el nombramiento de la firma «PDE Auditores, S.L.» Indicando a continuación que estaban «a la espera de la firma del correspondiente contrato de prestación de servicios para proceder a la correspondiente inscripción».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (Resoluciones

de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015, entre otras muchas), 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 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, 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.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

2. En el expediente que da lugar a la presente la fecha del acuerdo por el que se pretende acreditar la existencia de un nombramiento voluntario anterior es evidentemente anterior a la solicitud del socio minorista, si bien no consta la fehaciencia de la misma.

Aun así conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* Resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario, que de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

3. No ocurre lo mismo con el requisito relativo al aseguramiento del interés protegible. En el supuesto de este expediente aún admitiendo que la sociedad ha justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud del socio, en cambio, no ha acreditado en modo alguno que se haya adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado.

Efectivamente, no puede pretenderse que el informe de verificación esté completado en fecha cercana a la del cierre de ejercicio. Al respecto es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación por lo que su contabilidad no tiene porqué revestir una especial complejidad *(vide* arts. 254, 257, 258 y 261 en relación al art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital); b) que la sociedad no ha solicitado la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, inscripción que se puede verificar sin necesidad de elevar a público el acuerdo del órgano de administración (arts. 154 y 192 en relación al 141 del Reglamento del Registro Mercantil); c) que de conformidad con el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital el plazo ordinario para la elaboración del informe de verificación es el de un mes desde que se haya puesto a disposición del auditor la documentación oportuna; d) que al tiempo de emitir esta resolución han transcurrido cinco meses desde el cierre del ejercicio social; e) que de lo anterior resulta que ha

transcurrido un plazo razonable para la emisión del informe de verificación y sin embargo la sociedad no lo ha aportado al expediente ni ha justificado en modo alguno que lo ha puesto a disposición del socio minoritario *(vide* art. 8 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).

Es también cierto que la inscripción de auditor voluntario no es obligatoria en principio pero no lo es menos que, de acuerdo a la constante doctrina de esta Dirección que ha sido por extenso recogida en las consideraciones anteriores, y a falta de entrega o puesta a disposición del informe de auditoría la sociedad está obligada a garantizar que el interés protegible que el socio minoritario ejerce mediante la solicitud prevista en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital está salvaguardado mediante la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento realizado, inscripción que evitará el depósito de las cuentas anuales del periodo a que se refiera el nombramiento si a las mismas no se acompaña el oportuno ejemplar del informe de verificación (art. 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

En el presente expediente es la propia mercantil la que reconoce que no ha dado cumplimiento a este requisito, ya que ni ha solicitado la inscripción de tal nombramiento en el Registro Mercantil ni ha puesto a disposición del socio minorista el citado informe, pretendiendo dar cumplimiento a este requisito en sede de recurso, al indicar que está a la espera de poder firmar el correspondiente contrato de prestación de servicios. Por tanto, debe concluirse que, tanto de la situación tabular de la sociedad como del propio contenido del recurso, resulta el incumplimiento por parte de la sociedad del requisito de se haya adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado en el momento de la solicitud del nombramiento.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 3 de mayo de 2016.

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

Madrid, 21 de julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 21 de julio de 2016 (3.ª)

En el expediente 105/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Biocombustibles Aljarafe, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 29 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Biocombustibles Aljarafe, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015, acreditando ser titular de más del 5% del capital social.

II

Por medio de escrito de fecha 30 de marzo de 2016 de don Juan Ignacio Madrid Alonso,Registrador Mercantil de Sevilla, la sociedad es notificada de la solicitud formulando oposición a la pretensión del mencionado socio mediante escrito de 8 de abril suscrito por don ….. doña …..., administrador solidario de la mercantil.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 3 de mayo de 2016 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., administrador solidario de la mercantil interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 3 de mayo, en base al siguiente argumento: que «el órgano de administración de la «Biocombustibles Aljarafe, S.L.» tenía acordado desde el pasado 10 de marzo de 2016, para efectuar el examen y revisión de las cuentas correspondientes al ejercicio cerrado con fecha 31 de diciembre de 2015, el nombramiento de la firma PDE Auditores, S.L.». Indicando a continuación que estaban «a la espera de la firma del correspondiente contrato de prestación de servicios para proceder a la correspondiente inscripción».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legisla-

tivo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), 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 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, 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.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de

conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

2. En el expediente que da lugar a la presente la fecha del acuerdo por el que se pretende acreditar la existencia de un nombramiento voluntario anterior es evidentemente anterior a la solicitud del socio minorista, si bien no consta la fehaciencia de la misma.

Aún así conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* Resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario, que de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

3. No ocurre lo mismo con el requisito relativo al aseguramiento del interés protegible. En el supuesto de este expediente aún admitiendo que la sociedad ha justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud del socio, no ha acreditado en modo alguno que se haya adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado.

Efectivamente, no puede pretenderse que el informe de verificación esté completado en fecha cercana a la del cierre de ejercicio. Al respecto es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación por lo que su contabilidad no tiene porqué revestir una especial complejidad *(vide* art. 254, 257, 258 y 261 en relación al artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital); b) que la sociedad no ha solicitado la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, inscripción que se puede verificar sin necesidad de elevar a público el acuerdo del órgano de administración (arts. 154 y 192 en relación al 141 del Reglamento del Registro Mercantil); c) que de conformidad con el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital el plazo ordinario para la elaboración del informe de verificación es el de un mes

desde que se haya puesto a disposición del auditor la documentación oportuna; d) que al tiempo de emitir esta resolución han transcurrido cinco meses desde el cierre del ejercicio social; e) que de lo anterior resulta que ha transcurrido un plazo razonable para la emisión del informe de verificación y sin embargo la sociedad no lo ha aportado al expediente ni ha justificado en modo alguno que lo ha puesto a disposición del socio minoritario *(vide* art. 8 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).

Es también cierto que la inscripción de auditor voluntario no es obligatoria en principio pero no lo es menos que, de acuerdo a la constante doctrina de esta Dirección que ha sido por extenso recogida en las consideraciones anteriores, y a falta de entrega o puesta a disposición del informe de auditoría la sociedad está obligada a garantizar que el interés protegible que el socio minoritario ejerce mediante la solicitud prevista en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital está salvaguardado mediante la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento realizado, inscripción que evitará el depósito de las cuentas anuales del periodo a que se refiera el nombramiento si a las mismas no se acompaña el oportuno ejemplar del informe de verificación (art. 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

En el presente expediente es la propia mercantil la que reconoce que no ha dado cumplimiento a este requisito, ya que ni ha solicitado la inscripción de tal nombramiento en el Registro Mercantil ni ha puesto a disposición del socio minorista el citado informe, pretendiendo dar cumplimiento a este requisito en sede de recurso, al indicar que está a la espera de poder firmar el correspondiente contrato de prestación de servicios. Por tanto, debe concluirse que, tanto de la situación tabular de la sociedad como del propio contenido del recurso, resulta el incumplimiento por parte de la sociedad del requisito de se haya adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado en el momento de la solicitud del nombramiento.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 3 de mayo de 2016.

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

Madrid, 21 de julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 21 de julio de 2016 (4.ª)

En el expediente 111/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rodaments I Subministraments Cappont, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en su condición de consejero delegado de «Telebearing, S.A.», presentó escrito de fecha 14 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Lérida, en el que tuvo su entrada el día 8 de febrero de 2016, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular del 34% del capital social de «Rodaments I Subministraments Cappont, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Por escrito de fecha 10 de febrero de 2016 se da traslado de la solicitud a la sociedad, mediante correo certificado con acuse de recibo, sin que resulte del expediente haberse formulado oposición o alegaciones por parte de la misma.

III

Como consecuencia de lo anterior, la registradora mercantil de Lérida, doña ….., dictó resolución con fecha 8 de marzo de 2015, de la que resulta que con fecha 25 de febrero procedió a designar auditor y con fecha de 3 de marzo el auditor designado aceptó el cargo, resolución en que se hacía constar la posibilidad de interposición de recurso contra la misma.

IV

Por escrito de fecha 19 de abril de 2016, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Lérida el 27 de abril, la sociedad presentó escrito de recusación del auditor nombrado.

V

Con fecha 29 de abril del mismo año se dio traslado del anterior escrito de recusación por parte del Registro Mercantil de Lérida al auditor nombrado a los efectos de los artículos 342 y 364 RRM.

VI

Con fecha 4 de mayo de 2016, el auditor nombrado presenta documento de igual fecha expresando haber recibido escrito de recusación presentado por la sociedad y manifestando, en síntesis, que las alegaciones formuladas por la sociedad no son justa causa de recusación.

VII

La registradora mercantil de Lérida, doña Carmen Rosich Romeu, dictó resolución con fecha 9 de mayo de 2016 por la que resuelve el escrito de recusación en los términos que obran el expediente, haciendo constar, además, la posibilidad de interposición de recurso contra la misma. Resolución de 9 de mayo que fue recibida el 12 de mayo de 2016, tal y como resulta del sello de imposición de la correspondiente oficina de correos, y así se reconoce por el recurrente en su escrito de recurso a que se refiere el antecedente siguiente.

VIII

Don ….. y don ……, en calidad de consejeros-delegados mancomunados de la mercantil, por escrito de fecha 1 de junio, que se presentó en el Registro Mercantil de Lérida el día 3 del mismo mes y año, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra la resolución citada de fecha 9 de mayo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

El artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil determina que el plazo para la interposición de recurso es de 15 días computado desde la fecha de la notificación de la resolución, y asimismo resulta del pie de recurso de la resolución recurrida de fecha 9 de mayo de 2016.

Si se tiene en cuenta que la resolución recurrida fue notificada a la sociedad ahora recurrente y recibida por ésta el 12 de mayo de 2016, como resulta del acuse de recibo que obra en el expediente, y asimismo se reconoce por el recurrente en su escrito de recurso, y que éste último tuvo su entrada en el Registro el día 3 de junio, no cabe sino declarar su extemporaneidad y proce-

der a su inadmisión, toda vez que el transcurso de los plazos legales para recurrir determina que el acto impugnado alcance firmeza, produciendo desde entonces los efectos que le son propios.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Lérida, doña Carmen Rosich Romeu, de fecha 9 de mayo de 2016.

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

Madrid, 21 de julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Lérida.

Resolución de 22 de julio de 2016

En el expediente 68/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «I. C. B. y Travel, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 4 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 3 de marzo según consta con el número de entrada 4/2016, 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 «I. C. B. y Travel, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

Acompaña a su solicitud documentos que acreditan la titularidad de las mencionadas participaciones sociales.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando mediante dos escritos, uno primero de fecha 17 de marzo de 2016, presentado el día 18; y un segundo escrito de la misma fecha, presentado el 21 de marzo en el que se solicita que se sustituya al anterior al

considerarse que «no es ajustado a Derecho». En este segundo escrito la mercantil se opone al nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario ya que supondría que la sociedad incurriera en una serie de gastos que no se encuentra en disposición de asumir. Que tal es el motivo que ha llevado a la sociedad a adoptar la decisión de no auditar las cuentas correspondientes al ejercicio 2015, en contra de lo que había sido la norma desde la fecha de su constitución, y que el solicitante dispone sobradamente de toda la «documentación precisa para tener un conocimiento exacto de la marcha de la sociedad, siendo el único motivo de su injustificada solicitud la voluntad de complicar hasta el extremo la viabilidad económica «de la misma.

III

El Registrador Mercantil de Madrid X, don Jesús González y Salinas, dictó resolución con fecha 1 de abril de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 21 de abril de 2016, que tuvo entrada el día 28 del mismo mes en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando el argumento de su escrito de oposición que se da por reproducido y añadiendo lo siguiente: «que desconocemos si la instancia se presentó por triplicado, ni tampoco ha quedado demostrado a esta parte que don ….. junto con la solicitud, haya presentado documentación que acredite su condición de socio, mediante prueba».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015, entre otras muchas), 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 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, 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.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo, que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante

la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

2. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad plantea la posible inexistencia de una justa causa que ampare la solicitud. En este sentido, por lo que se refiere a la ausencia de una causa legítima o causa justa que ampare la solicitud del instante, la inexpresión de dicha causa de solicitud o la ausencia de una justificación no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro 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. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. 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, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014, entre otras).

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada *(vide* Resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta del solicitante debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que el socio ejercite debidamente el derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Consecuentemente, y por disposición expresa de la Ley, si concurren los requisitos legalmente establecidos prevalece el derecho del socio minoritario aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Finalmente, y también en relación a las observaciones ya señaladas, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que

pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Consecuentemente, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil por remisión del artículo 359.2 del mismo cuerpo legal, la sociedad solo puede enervar la solicitud de nombramiento de auditor si acredita la falta de legitimación del instante o que no procede el nombramiento. Cualquier otra cuestión debe ser planteada, como queda por extenso debidamente fundamentado, en el procedimiento judicial que corresponda.

3. En segundo lugar la sociedad se refiere al hecho de que el instante tiene perfecto conocimiento de la contabilidad social. Esta Dirección General se ha referido en numerosas ocasiones a esta cuestión *(vide* Resoluciones de este Centro de 7 de mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013). En ningún caso la apelación a dicha circunstancia puede enervar la pretensión de nombramiento, 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. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, independientemente de si ejercieron previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o si, por cualquier otra circunstancia tiene «exacto conocimiento de la marcha de la sociedad» *(vid* arts. 196 y 197 en relación con los arts. 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 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). Resulta por tanto indiferente si el socio llegó o no efectivamente a conocer las cuentas o a solicitar información previa al respecto porque no es esto lo que se discute, sino si tiene derecho a que un tercero independiente verifique las cuentas anuales.

4. En siguiente lugar la oposición de la sociedad afirma que la solicitud no tiene más finalidad que la de producir un perjuicio a la sociedad «al hacerle incurrir en unos gastos que impediría asumir otros absolutamente imprescindibles para el normal desarrollo de la actividad empresarial». También este Centro Directivo se ha referido a esta cuestión por medio de una consolidada

doctrina. Al respecto ha afirmado que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (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 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

5. Por último, se alega por los recurrentes que se desconoce si la instancia se ha presentado por triplicado ni tampoco que el solicitante haya acreditado su condición de socio. Tal motivo tampoco puede ser estimado por este Centro Directivo ya que, según consta en la propia instancia de solicitud, la misma ha sido presentada por triplicado y así lo indica el propio Registrador Mercantil en su resolución de 1 de abril de 2016. Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 359.3 del RRM en relación con el artículo 354 del mismo cuerpo legal «la sociedad solo podrá oponerse al nombramiento solicitado…si niega la legitimación del solicitante». En el presente expediente por un lado es el propio Registrador en base a la calificación de los documentos presentados el que reconoce tal legitimación al indicar «que representa un porcentaje superior al 5% del capital social», y la propia sociedad no niega tal legitimación, indicando simplemente que «tampoco ha quedado demostrado a esta parte, que don ….., junto con la solicitud, haya presentado documentación que acredite su condición de socio». Por tanto, cabe concluir que tampoco tal motivo de oposición puede ser estimado al no negar tal legitimación como exige el mencionado precepto.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil Madrid, don Jesús González y Salinas de fecha 1 de abril de 2016 por la que acordó desestimar la solicitud 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, 22 de julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 27 de julio de 2016 (1.ª)

En el expediente 95/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hercu Industrial, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 31 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Cantabria, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Hercu Industrial, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015, acreditando ser titular de más 5% del capital social.

II

La sociedad es notificada mediante escrito de 5 de abril de 2016 de doña Emilia Tapia Izquierdo, registradora mercantil de Cantabria, formulando oposición a la pretensión del mencionado socio mediante escrito de 8 de abril de 2016, presentado el 12 de abril, suscrito por don …..., administrador solidario de la mercantil.

III

La registradora mercantil de Cantabria, doña Emilia Tapia Izquierdo, dictó providencia para mejor proveer de fecha 19 de abril de 2016 en la que solicitaba a la mercantil que al haber aportado en su escrito de oposición la escritura de nombramiento de auditor otorgada el día 10 de diciembre de 2014 ante doña ….. así como escrito de aceptación del cargo por parte del auditor nombrado, indicase si era su voluntad que se procediera a la inscripción del mismo a fin de iniciar la tramitación registral de dicha documentación con su presentación en el libro diario.

Don ….., administrador solidario de la sociedad, presenta escrito de fecha 26 de abril en que «manifiesta la voluntad de la mercantil a la que represento de proceder a la inscripción del nombramiento de auditor en su hoja registral. Iniciado el procedimiento registral, se procede a practicar la inscripción correspondiente en la hoja social el 9 de mayo de 2016.

IV

Doña Emilia Tapia Izquierdo, registradora mercantil de Cantabria, emite resolución de fecha 10 de mayo de 2016 por la que, al haberse acreditado el nombramiento voluntario de auditor con fecha fehaciente de 10 de diciembre de 2016 y resultando inscrito el mismo, acordó estimar la oposición formulada y desestimar el nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 10 de mayo, en base a los siguientes argumentos:

1. En primer lugar indica que «el auditor de cuentas fue nombrado por el administrador solidario de la sociedad en lugar de por la Junta General contraviniendo lo dispuesto en el artículo 264 de la LSC».
2. En segundo lugar indica que aún no ha sido elaborado el informe de auditoría de cuentas del ejercicio económico 2014».
3. Y, por último, que se da una «incompatibilidad del auditor de cuentas nombrado» puesto que «el administrador único y socio profesional de la sociedad auditora ha venido asistiendo a los presidentes de las juntas de «Hercu Industrial, S.A.» con lo que «se compromete la independencia de la sociedad auditora y es causa de incompatibilidad de conformidad con lo establecido en el artículo 16.1.b.1.ª de la Ley 22/2015 de 20 de julio de auditoría de cuentas».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), 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 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, 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.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

2. En el expediente que da lugar a la presente la fecha del acuerdo por el que se pretende acreditar la existencia de un nombramiento voluntario anterior es evidentemente anterior a la solicitud del socio minorista, resultando la fecha del propio documento público aportado en que consta tanto el nombramiento como la aceptación del auditor nombrado.

Aún así, conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina

ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* Resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, ni aunque no resultara de un documento notarial, como es el supuesto del presente expediente, para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

3. Lo mismo respecto al requisito relativo al aseguramiento del interés protegible. En el supuesto de este expediente además de haber justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud del socio, la sociedad ha adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado.

Efectivamente, no puede pretenderse que el informe de verificación esté completado en fecha cercana a la del cierre de ejercicio. Al respecto es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación por lo que su contabilidad no tiene porqué revestir una especial complejidad *(vide* art. 254, 257, 258 y 261 en relación al artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital); b) que la sociedad ha solicitado la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, inscripción que se ha practicado en fecha 9 de mayo de 2016. Por tanto, practicada tal inscripción debe considerarse debidamente salvaguardado el derecho del socio al informe de auditoría.

4. Por último, alega el recurrente la concurrencia de incompatibilidad en el auditor nombrado derivada de las relaciones familiares existentes entre los administradores de la empresa auditora y la empresa asesora de «Hercu Industrial S.A.». Respecto a esta cuestión es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara que el auditor de cuentas o la empresa auditora no goce de suficiente independencia en el ejercicio de sus funciones respecto de la sociedad auditada, también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica.

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Cantabria, doña Emilia Tapia Izquierdo de 10 de mayo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Cantabria.

Resolución de 27 de julio de 2016 (2.ª)

En el expediente 97 /2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Promoción y Desarrollo Urbanístico los Carrillones, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en su calidad de administrador de «Sopring Inversiones» y «Vagajara», presentó escrito de fecha 26 de abril de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 como titular de más del 5% del capital social de «Promoción y Desarrollo Urbanístico los Carrillones, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011, 2012, 2013, 2014, 2015.

II

El Registrador Mercantil de Madrid, don Antonio García Conesa, dictó resolución de fecha 29 abril 2016 por la que acordó inadmitir la solicitud por extemporánea y no proceder al nombramiento del auditor solicitado.

III

Don ….., por escrito de fecha 19 mayo de 2016, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el 23 mayo 2016, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de solicitud que se dan por reproducidos y añadiendo que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva dado que las cuentas están sin formular desde 2011 y ello impide formular las de los ejercicios siguientes, implicando el perjuicio para los socios que desconocen la situación contable de la empresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, en cuanto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, el hecho de que las cuentas correspondientes no se hallen formuladas es irrelevante al efecto de determinar si procede o no la designación de auditor. En sociedades obligadas a la verificación de cuentas el nombramiento de auditor debe incluso ser anterior al cierre del ejercicio que ha de ser auditado (art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital), y consecuentemente anterior a la formulación de las cuentas. En sociedades no obligadas, el nombramiento puede solicitarse después de que el ejercicio esté cerrado cuando ya ha comenzado el plazo para la formulación de las cuentas y, en consecuencia, con independencia de su efectiva elaboración. Ciertamente, la previsión legal (arts. 253, 263, 265, 270 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital), es que el informe de verificación esté disponible al tiempo de la celebración de la Junta General que ha de aprobar las cuentas anuales, pero dicha previsión no empece el derecho del socio minoritario a que se designe auditor, derecho que por tanto ni depende de la efectiva existencia de las cuentas ni de su aprobación en Junta *(vid.,* por todas, Resoluciones de 24 de julio y 24 de octubre de 2014). No obstante, en el caso que nos ocupa la solicitud no cumple el requisito de haber sido formulada dentro de los tres primeros meses al cierre del ejercicio social, *conditio sine qua non* para que pueda llevarse a efecto la designación de auditor conforme al artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, sino que la solicitud fue formulada el 29 de abril de 2016, siendo la fecha de cierre del ejercicio conforme a los estatutos sociales el día 31 de diciembre, por tanto pasados los tres meses que señala la ley.

2. En segundo lugar, y como señala el artículo 360 del reglamento del registro mercantil la designación de auditor se limitará a las cuentas anuales y al informe de gestión correspondientes al último ejercicio.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid, don Antonio García Conesa, de fecha 29 abril 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 27 de julio de 2016 (3.ª)

En el expediente 99/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Vitykar Invermar, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó escrito de fecha 29 de marzo 2016 dirigido al Registro Mercantil de Castellón de la Plana, en el que tuvo su entrada el 30 marzo de 2016, 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 «Vitykar Invermar, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia alegando: que la recurrente carece de legitimación para tal solicitud pues no ostenta la cualidad de partícipe de la sociedad, o al menos ésta no tiene constancia de dicha condición pues en ningún caso le ha sido notificada formalmente, y por tanto no cumple los requisitos legales para instar tal solicitud.

III

El Registrador Mercantil de Castellón, don Manuel Alberto Gomis Segarra, dictó resolución de fecha 4 de mayo 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 26 de mayo de 2016, que tuvo entrada en el Registro Mercantil el mismo día, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

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

En el presente caso la solicitante han aportado un principio de prueba del que se desprende los derechos que ostenta sobre los bienes y derechos de su causante, doña ….., entre los que se encuentran las participaciones sociales representativas de más del 5% de capital social de la compañía «Vitykar Invermar, S.L.» de las que fue titular, adquiridos en virtud del testamento otorgado por la socia falle-

cida, lo que le legitima para ejercitar el derecho a la verificación contable del último ejercicio económico, dado que mediante su ejercicio está 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.

2. 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 acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Castellón, don Manuel Alberto Gomis Segarra, de fecha 4 de mayo 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Castellón.

Resolución de 27 de julio de 2016 (4.ª)

En el expediente 106/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Armería Sichling, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 18 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 22 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Regla-

mento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Armería Sichling S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015, acreditando ser titular de más 5% del capital social.

II

La sociedad es notificada mediante escrito de 30 de marzo de 2016 de don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, Registrador Mercantil de Madrid, formulando oposición a la pretensión del mencionado socio mediante escrito presentado el 11 de abril suscrito por don ….., administrador único de la mercantil.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla dictó resolución en fecha 9 de mayo de 2016 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., administrador único de la mercantil interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 9 de mayo, en base al siguiente argumento: que «se produjo el nombramiento de un auditor y aceptación por parte de este de dicho encargo. La prueba evidente de ello es la firma del contrato de auditoría a conformidad de la sociedad y de dicho auditor. Que dicho nombramiento fue realizado con anterioridad a la solicitud del nombramiento de auditor. En efecto, la solicitud de nombramiento de auditor fue el 22 de marzo de 2016 y el nombramiento de auditor y aceptación fue de 11 de marzo.».

V

Con fecha 4 de julio de 2016 se presenta en el Registro Mercantil de Madrid escrito firmado por don ….. de fecha 16 de junio por el que «renuncia a la solicitud que con fecha 22 de marzo de 2016 realizó al Registro Mercantil» solicitando el nombramiento de Auditor de Cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por don ….., solicitante de la auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 para la sociedad «Armería Sichling, S.L.» y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia al no existir interés protegible que imponga su continuación.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 1 de agosto de 2016 (1.ª)

En el expediente 50/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Viveros Palmer, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito el 15 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, 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 «Viveros Palmer, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Que se dio traslado de la solicitud a la sociedad, mediante correo certificado con acuse de recibo, notificación recibida el 21 de marzo de 2016, sin que resulte del expediente haberse formulado oposición o alegaciones por la misma.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, don Jaime del Valle, dictó resolución en fecha 11 de abril de 2016 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., actuando en nombre y representación de «Viveros Palmer, S.L.», por escrito de fecha 21 de abril de 2016, que tuvo entrada el 25 de abril de 2016, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que el solicitante ha renunciado a la petición de auditoría adjuntando acta de protocolización de 11 de abril de 2016 del Notario Rafael Castelló Almazán donde se llega a una serie de acuerdos entre todos los socios, incluyendo la renuncia a la petición de auditoría de D…

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La posibilidad de solicitar auditoría por el socio minoritario está prevista en el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. No obstante, se trata de un derecho y, como tal, el socio puede decidir si lo ejercita o no, y nada obsta para que, una vez ejercitado, pueda renunciar al mismo siempre que no se derive un perjuicio para la sociedad.
2. En el presente caso, el socio solicitante de la auditoría, posteriormente renuncia a este derecho en acta de protocolización de fecha 11 de abril de 2016, presentándose también un escrito el 5 de mayo de 2016 firmado por el mismo socio con el mismo contenido.
3. A la vista de la renuncia del socio a su derecho, y no produciéndose ningún perjuicio a la sociedad, no hay obstáculo para acceder a la petición de la mercantil y dejar sin efecto la solicitud de nombramiento.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Alicante, don Jaime del Valle, de fecha 11 de abril de 2016.

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

impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 1 de agosto de 2016 (2.ª)

En el expediente 51/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cultivos Palmer, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito el 15 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, 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 «Cultivos Palmer, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Que se dio traslado de la solicitud a la sociedad, mediante correo certificado con acuse de recibo, notificación recibida el 21 de marzo de 2016, sin que resulte del expediente haberse formulado oposición o alegaciones por la misma.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, don Jaime del Valle, dictó resolución en fecha 11 de abril de 2016 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., actuando en nombre y representación de «Cultivos Palmer, S.L.», por escrito de fecha 21 de abril de 2016, que tuvo entrada el 25 de abril de 2016, interpuso recurso de

alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que el solicitante ha renunciado a la petición de auditoría adjuntando acta de protocolización de 11 de abril de 2016 del Notario Rafael Castelló Almazán donde se llega a una serie de acuerdos entre todos los socios, incluyendo la renuncia a la petición de auditoría de D…

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La posibilidad de solicitar auditoría por el socio minoritario está prevista en el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. No obstante, se trata de un derecho y, como tal, el socio puede decidir si lo ejercita o no, y nada obsta para que, una vez ejercitado, pueda renunciar al mismo siempre que no se derive un perjuicio para la sociedad.
2. En el presente caso, el socio solicitante de la auditoría, posteriormente renuncia a este derecho en acta de protocolización de fecha 11 de abril de 2016, presentándose también un escrito el 5 de mayo de 2016 firmado por el mismo socio con el mismo contenido.
3. A la vista de la renuncia del socio a su derecho, y no produciéndose ningún perjuicio a la sociedad, no hay obstáculo para acceder a la petición de la mercantil y dejar sin efecto la solicitud de nombramiento.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Alicante, don Jaime del Valle, de fecha 11 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 1 de agosto de 2016 (3.ª)

En el expediente 73/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gaminides Europa Muñoz Hermanos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 18 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Córdoba, en el que tuvo su entrada el 30 de marzo de 2016, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Gaminides Europa Muñoz Hermanos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Mala fe por parte del solicitante, pues ni tan siquiera se ha interesado por el estado real de la sociedad. Con anterioridad a la solicitud de nombramiento de auditor no ha solicitado documentación alguna. Si hubiera solicitado cualquier información se le hubiera facilitado, y si a la vista de la misma no hubiera quedado satisfecho, si sería razonable la solicitud de nombramiento de auditor. Con su actuación provoca un coste sin necesidad, que es lo que realmente está buscando, aún a sabiendas de la situación de la empresa.

III

El Registrador Mercantil de Córdoba, don Francisco Manuel Galán Ortega dictó resolución en fecha 11 de abril de 2016 por la que acordó desestimar la oposición la oposición y proceder, en su día, al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., en su calidad de administrador de la mercantil «Gaminides Europa Muñoz Hermanos, S.L.», por escrito de fecha 30 de abril de 2016, presentado en la Oficina de Correos el mismo día, y con entrada el 5 de mayo de 2016 en el Registro Mercantil de Córdoba, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197 y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, 7 del Código Civil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar. En primer lugar no puede ser estimada la primera de las alegaciones aducida por la recurrente consistente en que el solicitante actúa de mala fe. La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado en multitud de ocasiones sobre este aspecto en el sentido que de, si bien es cierto que es indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, estando el ejercicio de cualquier derecho condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), no lo es menos que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (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 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. Por otra parte, la recurrente argumenta que el solicitante de la auditoría no ha requerido a la sociedad cuya auditoría se pretende, con carácter previo a su petición, información alguna. En este sentido también es constante la doctrina de este Centro Directivo según la cual 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 par-

ticipaciones 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 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, de modo que el ejercicio de uno no puede impedir ni obstaculizar el ejercicio de otro. Por este motivo es irrelevante que el administrador afirme que, con carácter previo a la solicitud, no ha requerido a la mercantil documentación o información alguna. En cualquier caso, al socio le ampara la Ley para solicitar y conseguir que las cuentas anuales sean verificadas por auditor independiente (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 su virtud, esta Dirección ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Córdoba, don Francisco Manuel Galán Ortega, de fecha 11 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Córdoba.

Resolución de 1 de agosto de 2016 (4.ª)

En el expediente 77/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Consultoria i Assessoria Nogues, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 29 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Lérida, en el que tuvo su entrada el 31 de marzo de 2016, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se

aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y como titular de más del 5% del capital social de «Consultoria i Assessoria Nogues, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015. Se acompañan: 1.º Copia de escritura de aumento de capital autorizada por el notario de Lérida don Manuel Soler Lluch, el día 30 de mayo de 2005, número 1996 de su protocolo. 2.º Copia de escritura de venta de participaciones sociales autorizada por el notario de Lérida don Pablo Gómez Clavería, el día 19 de abril de 2007, número 1589 de su protocolo.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad tiene designado auditor de cuentas desde el día 16 de noviembre de 2015 para la confección de la auditoría de cuentas anuales del ejercicio 2015. El informe será entregado la primera semana del mes de mayo. Se incorpora: 1.º Contrato de auditoría suscrito el 16 de noviembre de 2015 entre el representante de «Consultoria i Assessoria Nogues, S.L.» y don …..

III

La registradora mercantil de Lérida, doña Carmen Rosich Romeu dictó resolución en fecha 27 de abril de 2016 por la que rechazó las alegaciones vertidas en el escrito de oposición y acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., como administrador único de «Consultoria i Assessoria Nogues, S.L.» por escrito de fecha 5 de mayo de 2016, que tuvo entrada el 6 de mayo de 2016 en el Registro Mercantil de Lérida, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º La mercantil dispone de auditor nombrado. 2.º Es injusto que un socio condenado por un juez, además del perjuicio ocasionado en su día, ocasione otro nuevo perjuicio intencionado. 3.º Los gastos de otra auditoría supondrían un desequilibrio económico y financiero. Se acompañan: 1.º Sentencia 372/2013 del Juzgado Penal de Lérida por el cual se declara culpable al solicitante de un delito de descubrimiento y revelación de secretos. 2.º Informe de auditoría encargado al auditor don ….., incorporado al expediente por escrito de fecha 13 de mayo de 2016, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Lérida el mismo día.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, 7 del Código

Civil, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En base a los documentos presentados con posterioridad a la resolución recurrida, en particular el informe de auditoría realizado por don ….., el 5 de mayo de 2016, es procedente estimar la primera de las alegaciones vertidas por la recurrente como fundamento de su pretensión, relativa a la existencia de nombramiento voluntario de auditor para verificar las cuentas del ejercicio 2015. La cuestión que plantea la primera de las razones en que se fundamenta el recurso es la relativa a cuestión de cuándo y en qué condiciones el nombramiento voluntario de auditor de cuentas verificado por la mercantil puede frustrar el derecho del socio minoritario. Al respecto este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades 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.

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 presente expediente, 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 el socio minoritario. No obstante, de una valoración conjunta de las pruebas, se llega a la conclusión de que el nombra-

miento 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. No existen razones, en consecuencia, para presumir falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario que, de haberse producido, es cuestión a ventilar ante los tribunales de justicia y no en el marco de este expediente que únicamente tiene por objeto determinar si procede o no el nombramiento de un auditor para la verificación contable de un ejercicio económico determinado.

Como ha tenido ocasión de recordar este Centro Directivo (Resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), no puede dejarse de lado que el objeto de este expediente es estrictamente determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil).

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por este Centro Directivo para que el nombramiento voluntario de auditor enerve la solicitud del socio, es procedente concluir que se ha garantizado el derecho del socio a la auditoría incorporando el informe al expediente sobre el que ahora se resuelve.

Así resulta que, acreditado que ha existido nombramiento anterior de auditor por parte de la sociedad para la verificación del mismo ejercicio social que demanda el socio minoritario, y garantizado además el derecho del socio a la auditoría, es forzoso reconocer que, como resulta de las consideraciones anteriores, su derecho a que se revisen las cuentas ha sido respetado.

2. Sin embargo el razonamiento aducido por la sociedad relativo a que es injusto que la solicitud de nombramiento de auditor sea presentada por un socio que ha sido condenado por descubrimiento y revelación de secretos no puede ser apreciada. Al respecto es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (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 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

3. Por último no puede ser admitida como fundamento hábil para cercenar la solicitud de socio la manifestación que vierte la sociedad, en su escrito de recurso, relativa al desequilibrio económico y financiero que supondría los gatos de otra auditoría. Respecto de los costes que pueda generar la auditoría,

el artículo 265.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Capital no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad. Dado que dicho precepto tampoco contempla excepción alguna a esta obligación de la empresa afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor, se ha de concluir que la mala situación económica por la que atraviesa la empresa, incluso en el supuesto de ser real, no puede impedir el ejercicio del derecho de los socios minoritarios a la verificación contable del ejercicio como ha reiterado este Centro Directivo (por todas, resolución de 30 de agosto de 2012).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Lérida, doña Carmen Rosich Romeu, de fecha 27 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 3 de agosto de 2016 (1.ª)

En el expediente 34/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Guaguas Melenara, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 8 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de las Palmas de Gran Canaria en el que tuvo su entrada el 10 de febrero de 2016, 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 «Guaguas Melenara, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad, se opuso a la pretensión del socio alegando que en fecha 30 de diciembre de 2015 se habían contratado los servicios de auditoría de «Padron, Morales y Asociados Auditores, S. L.», a fin de que procedan a auditar las cuentas de los ejercicios 2014 y 2015, justificándolo con certificación expedida el 30 de diciembre de 2015 por el administrador único de la citada sociedad auditora.

III

El Registrador Mercantil de las Palmas de Gran Canaria, mediante documento de fecha 25 de febrero de 2016, requiere a la sociedad para que en un plazo de 10 días hábiles incorpore al expediente el informe del auditor o lo ponga a disposición del interesado.

IV

Don ….., en nombre y representación de la sociedad, por documento de fecha 3 de marzo de 2016, contesta al requerimiento alegando que aún no han sido formuladas las cuentas anuales del ejercicio 2015, teniendo para ello hasta el 31 del mes de marzo, estando la auditoría en elaboración, por lo que una vez recibida se entregará copia al solicitante.

V

El Registrador Mercantil de las Palmas de Gran Canaria don Francisco de Asís Fernández Rodríguez dictó resolución de fecha 15 de marzo de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

VI

Don ….., por escrito de fecha 22 de marzo de 2016, que tuvo entrada el 29 de marzo en el Registro Mercantil de las Palmas de Gran Canaria, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos e incidiendo especialmente en que consta acreditado documentalmente que la solicitud de designación de auditor por la sociedad es anterior a la solicitud del socio minoritario en el Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se

aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

De forma reiterada (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), 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 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, 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 de este expediente la sociedad ha justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud del socio pero no ha acreditado en modo alguno que se haya adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado.

Ciertamente tiene razón la sociedad cuando afirma que no se puede pretender que el informe de verificación esté completado antes del plazo de un mes desde que se le entregaron al auditor las cuentas debidamente firmadas. Sin embargo es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación por lo que su contabilidad no tiene porqué revestir una especial complejidad *(vide* arts. 254, 257, 258 y 261 en relación al artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital); b) que la sociedad no ha solicitado la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, inscripción que se puede verificar sin necesidad de elevar a público el acuerdo del órgano de administración (arts. 154 y 192 en relación al 141 del Reglamento del Registro Mer-

cantil); c) que de conformidad con el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital el plazo ordinario para la elaboración del informe de verificación es el de un mes desde que se haya puesto a disposición del auditor la documentación oportuna; d) que al tiempo de emitir esta resolución han transcurrido más de seis meses desde el cierre del ejercicio social, un plazo razonable para la emisión del informe de verificación y sin embargo la sociedad no lo ha aportado al expediente ni ha justificado en modo alguno que lo ha puesto a disposición del socio minoritario *(vide* art. 8 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).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de las Palmas de Gran Canaria don Francisco de Asís Fernández Rodríguez de fecha 15 de marzo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Las Palmas de G. C.

Resolución de 3 de agosto de 2016 (2.ª)

En el expediente 71/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Repretel, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 15 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Asturias, en el que tuvo su entrada el 16 de marzo de 2016, 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

«Repretel, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que el solicitante no había expresado la causa en la que fundaba su solicitud de auditor, siendo necesaria la misma conforme a lo dispuesto en el artículo 354. 2 de Reglamento del Registro Mercantil.

III

La registradora mercantil de Asturias, doña Laura García Pumarino Ramos dictó resolución en fecha 5 de abril de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., en nombre y representación de la entidad, como administradora única de la misma, por escrito de fecha 28 de abril de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Asturias, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando el argumento de su escrito de oposición que se da por reproducido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

No puede prosperar la alegación relativa a la inexpresión de la causa en el escrito de solicitud, puesto que como ha mantenido esta Dirección general, en este tipo de peticiones se 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.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Asturias doña Laura García Pumarino Ramos de fecha 5 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Asturias.

Resolución de 3 de agosto de 2016 (3.ª)

En el expediente 72/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Arca y López Economistas, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 22 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Santiago de Compostela, en el que tuvo su entrada el 23 de marzo de 2016, 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 «Arca y López Economistas, S.L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que el solicitante fue administrador solidario hasta que cesó voluntariamente en tal cargo en fecha 20 de marzo de 2014.

III

El Registrador Mercantil de Santiago de Compostela, don Antonio Gelabert González dictó resolución en fecha 12 de abril de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don …., por escrito que tuvo su entrada el 4 de mayo de 2016 en el Registro Mercantil de Santiago de Compostela, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando el argumento de su escrito de oposición y añadiendo su voluntad de que sea el propio solicitante de la auditoría el que revise y estudie la documentación contable de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

En relación a la causa de oposición basada en que el solicitante ostentó el cargo de administrador solidario de la mercantil, cabe recordar 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 como recoge el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital. El hecho de que el solicitante ostentara el cargo de administrador único de la sociedad hasta la fecha de 20 de marzo de 2014 no puede impedir que se solicite el nombramiento de auditor para el ejercicio 2015, principalmente porque se tratan de ejercicios distintos el del año 2014 y el del año 2015 siendo necesario para que pudiera prosperar la causa de oposición que el solicitante de la auditoría ejerciese el cargo de administrador único durante el ejercicio 2015.

En relación a la solicitud del recurrente de que sea el propio solicitante el que realice la auditoría, tan solo decir que este tipo de cuestiones son ajenas al procedimiento y deben de resolverse extrarregistralmente sin que pueda resolverse en este recurso.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Santiago de Compostela, don Antonio Gelabert González de fecha 12 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Santiago de Compostela.

Resolución de 3 de agosto de 2016 (4.ª)

En el expediente 74/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «K. P. M. 1998 Asesores Financieros S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y don …… presentaron un escrito de fecha 21 de marzo 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 30 de marzo de 2016, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «K. P. M. 1998 Asesores Financieros, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015. Se acompañan: 1.º Copia del libro registro de socios. 2.º Copia de escritura de partición de herencia autorizada por el notario de Santander don Angel Velasco Ballesteros, el día 22 de noviembre de 1999, número 1498 de su protocolo.

II

El Registrador Mercantil de Madrid, don Adolfo García Ferreiro dictó resolución en fecha 1 de abril de 2016 por la que acordó desestimar la solicitud por haberse presentado fuera de plazo ya que, consultados los Estatutos de la sociedad, resulta de su artículo duodécimo que «los ejercicios económicos de la sociedad comprenden un año cada uno, empezando el uno de junio y cerrando el treinta y uno de mayo del año siguiente».

III

Don ….. y don …..., por escrito de fecha 21 de abril de 2016, que tuvo entrada el 22 de abril de 2016 en el Registro Mercantil de Madrid, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que se

celebró Junta General Ordinaria de Socios, en fecha 4 de mayo de 2016, en la que se acordó, como segundo orden del día, la modificación de la fecha de inicio y cierre de los ejercicios sociales, con la finalidad de que el ejercicio económico coincida con el año natural, cerrándose el treinta y uno de diciembre de cada año. Que esta parte desconocía la falta de inscripción de los acuerdos adoptados en la meritada junta. Se acompaña copia de Acta autorizada por el notario de Madrid don Juan Carlos Caballería Gómez, el día 4 de mayo de 2015, número 823 de su protocolo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No constando inscrita en la hoja abierta a la sociedad la modificación del artículo 12 de los estatutos, pero habiéndose incorporado al presente expediente, con posterioridad a la resolución recurrida, el acta notarial en que consta el desarrollo de la junta y, en particular, la aprobación del acuerdo por el que se prevé que los ejercicios económicos de la sociedad coincidirán con el año natural, así como que excepcionalmente habrá un ejercicio económico desde el 1 de junio de 2015 hasta el día 31 de diciembre de 2015, es preciso reconocer que debe ser estimada la solicitud de los peticionarios de la auditoría. Ello no obstante, es preciso matizar que el ejercicio económico sobre el que habrá de recaer la auditoría es el comprendido entre el 1 de junio de 2015 y el 31 de diciembre de 2016.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid, don Adolfo García Ferreiro, de fecha 1 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 3 de agosto de 2016 (5.ª)

En el expediente 75/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Coteco Informática Internacional, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 4 de marzo de 2016, con firma legitimada en fecha 10 de marzo de 2016, por el notario de Alcalá de Henares don José Javier Castiella Rodríguez, anotada con el número 198 en la sección segunda del libro indicador, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y como titular de más del 5% del capital social de «Coteco Informática Internacional, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015. Añade una serie se circunstancias especiales por las que, a su juicio, resultaría procedente el meritado nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil: 1.º Rescisión unilateral o renuncia tácita al nombramiento de auditor por la sociedad y renuncia tácita a la aceptación del nombramiento por el auditor al no haber emitido el auditor nombrado el informe de auditoría. 2.º El nombramiento de auditor se hizo en fraude de ley, con la única intención de burlar los derechos del socio minoritario para impedirle que éste solicitara al Registro Mercantil el nombramiento de un auditor. 3.º Incompatibilidad del auditor nombrado por incurrir en la prohibición de imparcialidad. Se acompañan: 1.º Denuncia dirigida al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de fecha 6 de abril de 2016. 2.º Certificación literal de la inscripción 11.ª de la hoja abierta a la sociedad en la que consta el nombramiento voluntario de auditor para los ejercicios 2014, 2015 y 2016. 3.º Informe de auditoría de cuentas anuales abreviadas del ejercicio 2010, suscrito el 4 de julio de 2010 por don ….., socio auditor de «Pérez y Asociados Auditores S. L. P». 4.º Información obtenida en Google donde figura el teléfono y dirección de «Pérez y Asociados Auditores, S.L.». 5.º Burofax de fecha 28 de diciembre de 2012 remitido por el letrado don ….. 6.º Escrito de fecha 6 de abril de 2013 firmado por el letrado don ….., en defensa de «Coteco Informática Internacional, S.L.», dentro del proceso judicial instado por don ….. 7.º Burofax de fecha 15 de junio de 2015 en el que el solicitante requiere a la mercantil para que le informen y faciliten documentación sobre asuntos concretos. 8.º Burofax de fecha 22 de junio de 2015 de «Coteco Informática Internacional, S.L.» indicando, entre otras cuestiones, que no se ha realizado la auditoría. 9.º Burofax de 25 de junio de 2015 firmado por don ….. y dirigido a «Coteco Informática Internacional. 10.º Acta de la Junta General Ordinaria autorizada por el Notario de Madrid don Ramón María Luis Sánchez González, el día 30 de junio de 2015, número 1072 de su protocolo. 11.º Información General Mercantil de la hoja abierta a la sociedad cuya auditoría se pretende. 12.º Convocatoria de la Junta General Ordinaria celebrada el 30 de junio de 2015. 13.º Depósito de cuentas del ejercicio 2014 de la mercantil «Cotejo Informática Internacional, S.L.».

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º No resulta procedente el nombramiento de auditor alguno ya que consta inscrito, en la hoja abierta a la sociedad, nombramiento voluntario de auditor para el ejercicio cuya auditoría se pretende. 2.º No existe rescisión del contrato de auditoría voluntaria. 3.º No existe revocación tácita del nombramiento voluntario de auditor. 4.º No existe fraude de ley alguno. 5.º No existe incompatibilidad alguna. Se acompañan: 1.º Escrito de aceptación del auditor nombrado voluntariamente por la sociedad de fecha 30 de junio de 2014, con firma legitimada ante el notario de Madrid don José María Madrilejos Fernández el día 1 de julio de 2014, número 2074 del libro indicador 2014. 2.º Certificación de acuerdos sociales de la Junta General celebrada el 30 de junio de 2015, expedida por el administrador solidario don ….. 3.º Documentación relativa a expedientes de solicitud de nombramiento de auditores de cuentas de ejercicios anteriores.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don Antonio García Conesa dictó resolución en fecha 30 de marzo de 2016 por la que acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas para la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

IV

Doña ….., actuando en nombre y representación de don ….., como apoderada, por escrito de fecha 12 de abril de 2016, que tuvo entrada el 14 de abril de 2016 en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución y solicitando, además, la revocación del nombramiento de los auditores «Pérez y Asociados S. L. P», en base a los siguientes argumentos: 1.º El auditor nombrado por la sociedad no es independiente. No se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría porque el auditor nombrado no emitió informe de auditoría correspondiente a las cuentas de 2014. 2.º Infracción de la doctrina del artículo 266 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital según la cual cuando concurra justa causa, las personas legitimadas para solicitar el nombramiento de auditor podrán pedir al Registrador Mercantil la revocación del que hubiera sido designado por la Junta General y el nombramiento de otro. 3.º Vulneración del principio de independencia del auditor nombrado por la mercantil. 4.º No se ha satisfecho la condición de garantizar ineludiblemente al socio minoritario la existencia del informe, toda vez que las cuentas del ejercicio 2014 no fueron auditadas. 5.º Procedencia de la revocación del auditor nombrado por la sociedad al concurrir justa causa consistente en la rescisión y/o renuncia tácita del nombramiento del nombramiento de auditor al no haberse emitido el informe de auditoría correspondiente a las cuentas del ejercicio 2014. 6.º El acuerdo de nombramiento de auditor, lo fue en fraude de ley, con la única intención de burlar los derechos del socio minoritario e impedirle que éste solicitara al Registro Mercantil el nombramiento de un auditor. Se incorporan: 1.º Certificación literal de la hoja abierta a la sociedad. 2.º Certificación expedida por el administrador de la mercantil en que constan las participaciones de que es titular don ….., de fecha 2 de marzo de 2011. 3.º Copia de documentos ya acompañados a la solicitud de nombramiento de auditor.

V

El Registrador Mercantil de Madrid, mediante diligencia de mejor proveer de fecha 18 de abril de 2016, requirió a doña ….. para que, en el plazo de diez días, acompañara copia autorizada o testimonio notarial de la escritura de poder de la que hace uso, así como el original del escrito de recurso debidamente firmado, todo ello como requisito previo para continuar con la tramitación del expediente.

VI

Doña ….., por escrito de fecha 29 de abril de 2016, que fue presentado en el Registro Mercantil de Madrid el 3 de mayo de 2016, cumplimentó el requerimiento, acompañando los siguientes documentos: 1.º Copia de escritura de poder general para pleitos otorgado por don ….., autorizada por el notario de Madrid don Juan Romero-Girón Deleito el día 20 de mayo de 2011, número 916 de su protocolo. 2.º Original del escrito de recurso debidamente firmado.

VII

Doña ….., por escrito de fecha 20 de junio de 2016, que fue presentado en la Oficina de Correos el día 21 de junio de 2016 y que tuvo entrada en el Ministerio de Justicia el 22 de junio de 2016, informa que la mercantil «Coteco Informática Internacional, S.L.» ha remitido a don….burofax en el que le informa que la sociedad auditora «Pérez y Asociados, S.L.» ha renunciado a realizar el informe de auditoría, procediendo la sociedad, cuya auditoría se pretende, de forma absolutamente ilegal, al carecer el administrador único de competencia para nombrar auditor, a nombrar, ilegalmente, sin capacidad ni competencia para ello, a otro auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2, 266 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, 7 del Código Civil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El confuso escrito de recurso, en el que se alegan cuestiones totalmente ajenas al objeto de este procedimiento requiere que, con carácter previo a la resolución del mismo, se aclaren ciertos extremos. El presente expediente tiene por objeto exclusivo resolver, a la vista de la documentación aportada y manifestaciones vertidas, sobre las cuestiones planteadas por el socio en su instancia, esto es, sobre la procedencia o improcedencia del nom-

bramiento de auditor solicitado por el socio que sea titular de más del cinco por ciento de las participaciones en que se divide en capital social y que haya presentado su solicitud dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social cuya auditoría se pretende, quedando excluidas de su ámbito materias ajenas al mismo, o que no hayan sido planteadas en la forma debida en la solicitud.

2. Esta Dirección (Resoluciones de 4, 9 y 25 de julio y 2 y 26 de septiembre de 2013, por todas) ha reiterado, en múltiples ocasiones, que la finalidad del artículo 265.2 del texto refundido 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.

Lo cierto es que en el caso que nos ocupa se dan los requisitos para que el nombramiento voluntario de auditor enerve la petición del socio, y por contra ninguno de los múltiples argumentos de contrario incluidos en el escrito de recurso pueden ser considerados causa hábil para revocar la resolución recurrida.

3. La primera, la tercera y la cuarta de las causas de recurso relativas a que el auditor nombrado por la sociedad no es independiente y que no se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría porque el auditor nombrado no emitió informe de auditoría correspondiente a 2014, no pueden prosperar. Esto es así porque este Centro Directivo carece de competencias para pronunciarse acerca de la presunta falta de imparcialidad, en concreto motivada por la falta de emisión del informe de auditoría del ejercicio 2014, ejercicio sobre el que ni siquiera versa la solicitud de nombramiento de auditor para que verifique las cuentas del ejercicio 2015. Es cierto que la mera designación de un auditor de forma voluntaria por la sociedad no garantiza que el informe se vaya a realizar o que se ponga a disposición de los socios. Pero esta circunstancia no es exclusiva en absoluto del nombramiento voluntario sino que también puede producirse cuando el nombramiento de auditor

se ha llevado a cabo como consecuencia de la obligación de la sociedad a verificar cuentas o cuando el nombramiento se ha llevado a cabo a instancia de la minoría. Son múltiples las causas que pueden llevar a que el informe de verificación no sea elaborado por el auditor nombrado de uno u otro modo y todas ellas son irrelevantes a los efectos de este expediente que no tiene por objeto fiscalizar la actuación profesional de los auditores ni mucho menos valorar la eventual responsabilidad de los administradores y el grado en que puedan haber colaborado o no en la actuación del auditor nombrado.

Como ha reiterado esta Dirección General (Resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), no puede dejarse de lado que el objeto de este expediente es estrictamente determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta de auditores o administradores, debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente.

La legislación de auditoría establece que los auditores, en el ejercicio de su función, están sujetos al sistema de supervisión pública y control de su actividad, labor que la propia Ley encomienda al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (arts. 27 y 28 de Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Entre sus competencias se encuentra no solo el control de calidad de las actividades ejercidas por los auditores sino también las de control de la actividad de auditoría de cuentas y el ejercicio de la potestad disciplinaria. A tal efecto los auditores están sujetos a un régimen severo de obligaciones *(vide* arts. 13 y siguientes de su Ley reguladora), cuyo incumplimiento está tipificado como falta administrativa muy grave o grave *(vide* arts. 33 y 34 de la Ley).

La objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 11 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría.

Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

En este sentido, el recurrente manifiesta haber presentado denuncia ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, no pudiendo pretender que dicha denuncia sea atendida simultáneamente por el citado órgano, así como por el Registrador Mercantil y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, máxime cuando, como ya se ha expuesto, el Registrador Mercantil y este Centro carecen de competencia para conocer y pronunciarse sobre este aspecto.

De este modo si la parte recurrente considera, como ha manifestado, que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida, es la Autoridad competente a la que se ha dirigido a la que le corresponde conocer las mencionadas cuestiones.

4. No puede tampoco admitirse la segunda y la quinta de las razones esgrimidas en el escrito de recurso consistente en que se ha infringido, en la resolución recurrida, lo dispuesto en el artículo 266 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en el que se prevé que cuando concurra justa causa, las personas legitimadas para solicitar el nombramiento de auditor podrán pedir al Registrador Mercantil la revocación del que hubiera sido designado por la Junta General y el nombramiento de otro. En el escrito presentado por don ….. se solicitó exclusivamente del Registrador Mercantil que nombrara auditor de cuentas para que, con cargo a la sociedad, efectuara la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2015. Si bien es cierto que la enmarañada solicitud incluye circunstancias especiales por las que el solicitante estima que es procedente el nombramiento de auditor, y, entre ellas, la apreciación de que, a su juicio, «se ha producido una rescisión unilateral o renuncia tácita al nombramiento de auditor por la sociedad, y una renuncia tácita a la aceptación del nombramiento por el auditor, que justifican en su caso la revocación por el Registrador Mercantil de dicho nombramiento», así como también acompaña documentación relativa a expedientes de otros ejercicios económicos, no lo es menos que únicamente solicita el nombramiento de auditor para verificar las cuentas del ejercicio 2015, razón por la cual el registrador, atendiendo al objeto de este procedimiento, solo se pronuncia sobre el único extremo solicitado. Así resulta que, presentada en el Registro Mercantil de Madrid solicitud para el nombramiento de auditor que verifique las cuentas del ejercicio 2015, no puede pretenderse incluir en el trámite del recurso peticiones distintas a aquella sobre la que ha resuelto el Registrador Mercantil. Por tanto, versando el presente expediente exclusivamente sobre la confirmación o revocación de la resolución del Registrador Mercantil en la que acordó desestimar la petición del socio, no es posible pronunciarse sobre cuestiones distintas que no han sido solicitadas en el procedimiento habilitado al efecto (art. 266 del texto refundido de la Ley de sociedades de Capital).

5. Por último la misma suerte desestimatoria debe predicarse de la alegación relativa a que el nombramiento voluntario de auditor por parte de la sociedad se ha hecho en fraude de ley. Al respecto es doctrina muy consoli-

dada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (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 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

La competencia de esta Administración viene limitada por el objetivo de pronunciarse sobre la procedencia, o no, del nombramiento de auditor solicitado, sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

6. Por último, en cuanto al escrito presentado en la Oficina de Correos el 21 de junio de 2016, y que tuvo entrada en el Ministerio de Justicia al día siguiente, no puede ser tenido en cuenta para revocar la resolución recurrida puesto que, si bien en el mismo manifiesta que la sociedad «Coteco Infórmatica Internacional, S.L.», ha afirmado que el auditor inscrito ha renunciado a la realización de la auditoría, lo cierto es que de la hoja abierta a la sociedad resulta que consta inscrito el nombramiento de auditor meritado, sin que se haya presentado en el Registro Mercantil de Madrid documentación relativa a renuncia alguna, ni tampoco se ha presentado, para incorporarse al presente expediente, documentación que acredite, con los requisitos necesarios, la renuncia válida por parte de la sociedad de auditoría «Pérez y Asociados Auditores S. L».

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid, don Antonio García Conesa, de fecha 30 de marzo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 3 de agosto de 2016 (6.ª)

En el expediente 78/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Solopisos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 29 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Lérida, en el que tuvo su entrada el 31 de marzo de 2016, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y como titular de más del 5% del capital social de «Solopisos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015. Se acompañan: 1.º Copia de escritura de venta de participaciones sociales autorizada por el notario de Lérida don Pablo Gómez Clavería, el día 16 de abril de 2008, número 1505 de su protocolo. 2.º Copia de escritura de venta de participaciones sociales autorizada por el notario de Lérida don Pablo Gómez Clavería, el día 29 de noviembre de 2006, número 4709 de su protocolo.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad tiene designado auditor de cuentas desde el día 16 de noviembre de 2015 para la confección de la auditoría de cuentas anuales del ejercicio 2015. El informe será entregado la primera semana del mes de mayo. Se incorpora: 1.º Contrato de auditoría suscrito el 16 de noviembre de 2015 entre la representante de «Solopisos, S.L.» y don …..

III

La registradora mercantil de Lérida, doña Carmen Rosich Romeu dictó resolución en fecha 27 de abril de 2016 por la que rechazó las alegaciones vertidas en el escrito de oposición y acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., como administradora mancomunada de «Solopisos, S.L.», por escrito de fecha 5 de mayo de 2016, que tuvo entrada el 6 de mayo de 2016 en el Registro Mercantil de Lérida, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º La mercantil dispone de auditor nombrado. 2.º Los gastos de otra auditoría supondrían un desequilibrio económico. Se acompaña: 1.º Informe de auditoría encargado al auditor don ….., incorporado al expediente por escrito de fecha 13 de mayo de 2016, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Lérida el mismo día.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En base a los documentos presentados con posterioridad a la resolución recurrida, en particular el informe de auditoría realizado por don ….. el 5 de mayo de 2016, es procedente estimar la primera de las alegaciones vertidas por la recurrente como fundamento de su pretensión, relativa a la existencia de nombramiento voluntario de auditor para verificar las cuentas del ejercicio 2015. La cuestión que plantea la primera de las razones en que se fundamenta el recurso es la relativa a cuestión de cuándo y en qué condiciones el nombramiento voluntario de auditor de cuentas verificado por la mercantil puede frustrar el derecho del socio minoritario. Al respecto este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades 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.

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 presente expediente, 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 el socio minoritario. 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 la 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. No existen razones, en consecuencia, para presumir falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario que, de haberse producido, es cuestión a ventilar ante los tribunales de justicia y no en el marco de este expediente que únicamente tiene por objeto determinar si procede o no el nombramiento de un auditor para la verificación contable de un ejercicio económico determinado.

Como ha tenido ocasión de recordar este Centro Directivo (Resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), no puede dejarse de lado que el objeto de este expediente es estrictamente determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil).

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por este Centro Directivo para que el nombramiento voluntario de auditor enerve la solicitud del socio, es procedente concluir que se ha garantizado el derecho del socio a la auditoría incorporando el informe al expediente sobre el que ahora se resuelve.

Así resulta que, acreditado que ha existido nombramiento anterior de auditor por parte de la sociedad para la verificación del mismo ejercicio social que demanda el socio minoritario, y garantizado además el derecho del socio a la auditoría, es forzoso reconocer que, como resulta de las consideraciones anteriores, su derecho a que se revisen las cuentas ha sido respetado.

2. Sin embargo, no puede ser admitida como fundamento hábil para cercenar la solicitud de socio la manifestación que vierte la sociedad, en su escrito de recurso, relativa al desequilibrio que supondría los gatos de otra auditoría. Respecto de los costes que pueda generar la auditoría, el artículo 265.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Capital no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad. Dado que dicho precepto tampoco contempla excepción alguna a esta obligación de la empresa afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor, se ha de concluir que la mala situación económica por la que atraviesa la empresa, incluso en el supuesto de ser real, no puede impedir el ejercicio del derecho de los socios

minoritarios a la verificación contable del ejercicio como ha reiterado este Centro Directivo (por todas, resolución de 30 de agosto de 2012).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Lérida, doña Carmen Rosich Romeu, de fecha 27 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Lérida.

Resolución de 12 de agosto de 2016

En el expediente 79/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Savela Escuelas Infantiles, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 21 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 22 de marzo, 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 «Savela Escuelas Infantiles, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que no se cumple el requisito de legitimación del cinco por ciento de la pertenencia de acciones al socio requirente, dado que existe una escritura de fecha 22 de diciembre de 2015 en la que se modifica la escritura de constitución elevando a público el acuerdo de aumento de capital adoptado en Junta General Universal celebrada el 24 de marzo de 2015.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don Jesús González y Salinas dictó resolución en fecha 14 de abril por la que acordó dejar en suspenso la designación de auditor dado que de la documentación obrante en el Registro consta presentada la mencionada escritura de aumento de capital que enervaría la pretensión de la solicitante.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 9 de mayo de 2016, que tuvo entrada el 10 mayo en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, señalando que la sociedad tiene cerrada la hoja registral por falta de depósito de cuentas desde 2011. 2.º Que el asiento de presentación de la mencionada escritura de aumento de capital ha caducado. 3.º Que los acuerdos relativos al aumento de capital y elevados a público, se encuentran impugnados judicialmente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

En el caso que nos ocupa, debe tenerse en cuenta que de la documentación aportada por el registrador resulta que con fecha de 27 de enero de 2016 la escritura de aumento de capital antes mencionada fue calificada desfavorablemente sin que a fecha de la resolución del recurso resulte que dicha escritura haya sido subsanada, debidamente inscrita o tenga asignado asiento de presentación en el registro mercantil.

Esta Dirección ya se ha pronunciado sobre si el aumento de capital, no inscrito, acordado con anterioridad a la solicitud del nombramiento de auditor, puede ser tenido en cuenta a los efectos del cómputo de capital del socio peticionario.

Sobre la cuestión de determinar si un acuerdo social no inscrito acordado con anterioridad a la solicitud del nombramiento de auditor que afecta a la composición del capital, puede ser tenido en cuenta a los efectos de su cómputo esta Dirección General ha sostenido de forma reiterada que la respuesta es negativa *(vid.* por todas las resoluciones de 18 de junio de 2010, 7 de octubre de 2013 y de 23 de abril de 2014).

El artículo 285 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que los acuerdos de modificación de capital habrán de acordarse con los requisitos especia-

les establecidos en los preceptos que le siguen. Se deriva del artículo 290 del mismo cuerpo legal, que dichos acuerdos se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. Resulta así que, siendo la inscripción precisa en los acuerdos de modificación de capital, y no habiéndose producido ésta, como es el caso, no cabe sino declarar que, para el Registro, el solicitante sigue siendo titular de más del 5% del capital social, y en consecuencia, procede el nombramiento de auditor solicitado. La circunstancia de haberse acordado una modificación de capital en Junta General no puede desvirtuar las afirmaciones posteriores ya que, para que surta efectos dicho acuerdo frente a terceros, es preciso elevarlo a escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil (art. 21 del Código de Comercio). Solo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es exacto y válido (art. 20 del Código de Comercio), quedando excluida la posibilidad de que se desplieguen los fuertes efectos derivados de la inscripción respecto de acuerdos que no han pasado el filtro de la calificación registral (art. 18 del Código de Comercio).

Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo. Ciertamente y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concurrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que:» 3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten».

Desde ese momento el acuerdo social despliega efectos y los socios pueden actuar en consecuencia. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción (sobre lo que no procede un pronunciamiento expreso al ser irrelevante a los efectos de esta resolución), ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia, que es la que propiamente constituye el objeto de la presente, está supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio).

En el presente caso y como ya ha quedado señalado en los párrafos anteriores es necesario distinguir entre aquellos efectos que los acuerdos sociales producen respecto de terceros extraños y ajenos a la sociedad misma quienes no pueden verse perjudicados por aquéllos actos que sin haber accedido al Registro Mercantil se mantienen ocultos entre los socios y los socios mismos quienes quedan vinculados por los acuerdos válidamente adoptados. Lo que no puede pretender la sociedad es hacer valer frente a terceros un acuerdo social que permanece en la clandestinidad, máxime cuando el órgano de administración está obligado a presentarlo a inscripción en el plazo de un mes desde su adopción, a fin de que desenvuelva todos los efectos previstos en el

ordenamiento y no solo los meramente internos *(vid.* art. 19 del Código de Comercio en relación a los artículos 81.2, 83 y 94.1.2.ª del Reglamento del Registro Mercantil). Nada obsta el hecho de que el folio de la sociedad esté cerrado como consecuencia de la falta de depósito de cuentas de ejercicios anteriores pues es igualmente obligación del órgano a quien se encomienda la gestión de la sociedad cumplir con su obligación de depósito (art. 279 de la Ley de Sociedades de Capital).

En el presente caso resulta del expediente y de la documentación aportada que la escritura de aumento de capital que desvirtuaría la legitimación del socio requirente ha sido calificada con anterioridad como defectuosa sin que dicho acuerdo haya accedido al Registro Mercantil o resulte del mismo expediente la validez de la misma.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar las pretensiones formuladas contra la calificación del Registrador de Madrid Jesús González Salinas.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 16 de agosto de 2016

En el expediente 84/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Innovaduch, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó escrito de fecha 29 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, en el que tuvo su entrada el 30 de marzo, 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 socio fundador titular de más del 5% del capital social de «Innovaduch, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad, por medio de escrito de su administradora única doña ….. de fecha 13 de abril de 2016, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife el mismo día 13, se opuso a la pretensión del socio alegando en esencia que no se cumple el requisito de legitimación del cinco por ciento de la pertenencia de participaciones al socio requirente, dado que existe una escritura de 21 de julio de 2015 elevando a público el acuerdo de aumento de capital adoptado en Junta General celebrada 27 de junio de 2015, por la que, consecuentemente, disminuye el porcentaje de participación social del socio solicitante don …..., que pasa del 25% al 4,28%.

III

El Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, don Andrés Barretino Coloma, dictó resolución de fecha 19 de abril de 2016 por la que acordó que el solicitante sigue siendo titular de más del 5% del capital social, dado que el aumento de capital acordado pero no inscrito en el Registro no puede ser tenido en cuenta. En la citada resolución, el registrador da pié de recurso y señala que transcurrido el plazo de oposición sin haberse planteado ésta o, en otro caso, firme la resolución del registrador, se procederá al nombramiento solicitado.

IV

Doña ….., en su calidad de administradora única de la mercantil, por escrito de fecha 9 de mayo de 2016, que tuvo entrada el mismo día 9 en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando por extenso su argumento de que no se cumple por el solicitante el requisito de legitimación, puesto que como consecuencia de la ampliación de capital indicada, el mismo ostenta menos del 5% del capital social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

Esta Dirección ya se ha pronunciado sobre si el aumento de capital, no inscrito, acordado con anterioridad a la solicitud del nombramiento de auditor, puede ser tenido en cuenta a los efectos del cómputo de capital del socio peticionario.

Sobre la cuestión de determinar si un acuerdo social no inscrito acordado con anterioridad a la solicitud del nombramiento de auditor que afecta a la composición del capital, puede ser tenido en cuenta a los efectos de su cómputo esta Dirección General ha sostenido tradicionalmente que la respuesta debe ser negativa *(vid.* por todas las resoluciones de 18 de junio de 2010, 7 de octubre de 2013 y de 23 de abril de 2014).

El artículo 285 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que los acuerdos de modificación de capital habrán de acordarse con los requisitos especiales establecidos en los preceptos que le siguen. Se deriva del artículo 290 del mismo cuerpo legal, que dichos acuerdos se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. Resulta así que, siendo la inscripción precisa en los acuerdos de modificación de capital, y no habiéndose producido ésta, no cabía sino declarar que, para el Registro, el solicitante seguía siendo titular de más del 5% del capital social, y en consecuencia, procedería el nombramiento de auditor solicitado. La circunstancia de haberse acordado una modificación de capital en Junta General no puede desvirtuar las afirmaciones posteriores ya que, para que surta efectos dicho acuerdo frente a terceros, es preciso elevarlo a escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil (art. 21 del Código de Comercio). Solo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es exacto y válido (art. 20 del Código de Comercio), quedando excluida la posibilidad de que se desplieguen los fuertes efectos derivados de la inscripción respecto de acuerdos que no han pasado el filtro de la calificación registral (art. 18 del Código de Comercio).

Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo. Ciertamente, y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concurrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que: «3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten».

Desde ese momento el acuerdo social despliega efectos y los socios pueden actuar en consecuencia. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción (sobre lo que no procede un pronunciamiento expreso al ser irrelevante a los efectos de esta resolución), ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia, que es la que propiamente constituye el objeto de la presente, está

supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio).

En el presente caso, y como ya ha quedado señalado en los párrafos anteriores, es necesario distinguir entre aquellos efectos que los acuerdos sociales producen respecto de terceros extraños y ajenos a la sociedad misma quienes no pueden verse perjudicados por aquéllos actos que sin haber accedido al Registro Mercantil se mantienen ocultos entre los socios, y los socios mismos quienes quedan vinculados por los acuerdos válidamente adoptados. Lo que no podría pretender la sociedad es hacer valer frente a terceros un acuerdo social que permanece en la clandestinidad, máxime cuando el órgano de administración está obligado a presentarlo a inscripción en el plazo de un mes desde su adopción, a fin de que desenvuelva todos los efectos previstos en el ordenamiento y no solo los meramente internos *(vid.* art. 19 del Código de Comercio en relación a los artículos 81.2, 83 y 94.1.2.ª del Reglamento del Registro Mercantil).

En el presente caso resulta del expediente y de la documentación aportada que la escritura de aumento de capital desvirtuaría la legitimación del socio requirente, pues, consecuencia del mismo, deviene titular de menos del 5% de capital social necesario para instar el nombramiento de auditor conforme a lo dispuesto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar las pretensiones formuladas contra la calificación del Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, don Andrés Barretino Coloma, de fecha 19 de abril de 2016.

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

Madrid, 16 de agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Tenerife.

Resolución de 22 de agosto de 2016 (1.ª)

En el expediente 67/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Loge, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 27 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, en el que tuvo su entrada el día 12 de febrero, 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 «Loge, S. A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Mediante escrito de 15 de febrero del mismo año, don Joaquín Torrente García de la Mata, Registrador Mercantil de Guipúzcoa, notifica a la mercantil la solicitud del citado socio de nombramiento de auditor de cuentas correspondiente al ejercicio 2015, previéndoles del derecho de oposición que les asiste.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del mencionado socio mediante escrito de 4 de marzo de 2016. En el mismo indica que la sociedad se encuentra liquidada al haberse acordado, tras aprobación del balance final de liquidación de la misma, tal liquidación en junta de 22 diciembre de 2014, acompañando acta notarial de la misma. Entiende por tanto don ….., liquidador de la sociedad, que no procede nombrar auditor de la mercantil ya que no «existen resultados sociales en fase de liquidación». Alega a continuación el recurrente que tal solicitud «además de no tener encaje legal acredita una intencionada mala fe».

IV

El Registrador Mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata, dictó resolución en fecha 7 de abril de 2016 por la que acordó desestimar la oposición formulada por la sociedad y considerar conveniente la designación de un auditor de cuentas.

V

Don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 7 de abril, mediante escrito fechado el día 27 del mismo mes, en base al siguiente argumento: el solicitante ha omitido deliberadamente que la sociedad se encuentra liquidada, por lo que no encuentra encaje legal la solicitud, por lo que no ha ejercido su derecho de buena be conforme a la exigencias de lo dispuesto en el artículo 7 del Código Civil. Además, entiende el recurrente que el registrador incurre en un error decisorio al realizar una interpretación particular y generalista de la regulación legal, no atendiendo a la circunstancias concretas del caso, resultando además que la propia ley crea una figura específica de verificación como es el interventor judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), 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 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, 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.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en

las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

2. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (por todas RDGRN de 16 de marzo de 2007) que el derecho del socio no puede considerarse decaído por el hecho de que la sociedad se encuentre en liquidación, ya que tal estado es por su propia naturaleza reversible, pues la sociedad mantendrá su personalidad jurídica en tanto no se haya repartido el activo neto entre sus socios y se haya procedido a cancelar los asientos registrales correspondientes a la misma. Tal criterio debe ser reafirmado en el presente expediente en que además concurre la circunstancia de que el balance final de liquidación de la sociedad no solo no ha devenido firme por su aprobación, sino que muy al contrario ha sido impugnado judicialmente, circunstancia que resulta de los propios asientos registrales según resulta de la propia calificación registral.

Por tanto, en el presente supuesto se acentúa aún más si cabe la reversibilidad de la liquidación de la sociedad y por tanto, al confirmar su vigencia, la posibilidad de que el socio minoritario ejercite su derecho a verificar la contabilidad social.

3. Por último, alega el recurrente la concurrencia de mala fe en la solicitud del socio minoritario, al pretender el ejercicio de un derecho con fines distintos de los previstos en su configuración legal. Respecto a esta cuestión es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (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 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que

se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata de fecha 7 de abril de 2016.

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

Madrid, 22 de agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Guipúzcoa.

Resolución de 22 de agosto de 2016 (2.ª)

En el expediente 70 /2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «LB Face UP, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., y doña ….. presentaron escrito de fecha 4 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 4 de marzo 2016, en el que solicitaron, 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 «LB Face UP, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

Con fecha 14 de marzo el Registrador requirió a los interesados para la aportación de documentación complementaria que acreditase su solicitud, la cual tuvo su entrada en el mencionado Registro el 23 de marzo 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia:

1.º Que la sociedad no está obligada a someterse a una auditoría de cuentas.

2.º Que las cuentas están totalmente cuadradas si bien todo el capital está en instalación y en inmobiliario capitalizado, sin que la sociedad tenga a disposición cantidad alguna para gastar en un auditor. Que es absolutamente incierto que se hiciese en la Junta Accionista requerimiento alguno, que la sociedad lo que tiene es una iliquidez y el administrador realizará una Junta para aumento de capital, además existe un manifiesto enfrentamiento entre los socios los cuales han realizado acciones que han ido contra la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Madrid XIV, don Miguel Seoane de la Parra dictó resolución en fecha 15 abril 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 5 de mayo de 2016, que tuvo entrada el 6 de mayo de 2016 en el Registro Central, Delegación del Gobierno de Andalucía con fecha 6 mayo 2016, interpuso recurso de alzada contra dicha resolución ante esta Dirección General, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Respecto a la causa de oposición basada en que se trata de una sociedad no obligada a la verificación de sus cuentas, no puede admitirse pues el propio texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en el artículo 265.2 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil reconoce al socio que tenga más del 5% del capital social y lo solicite en tiempo y forma que en las citadas normas recogen, el derecho a solicitar el nombramiento de auditor de cuentas al Registrador Mercantil. 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, por todas, resolución de 14 de febrero de 2013).

2. Sobre las cuentas cuadradas y la existencia del capital inmovilizado o capitalizado, la aprobación de cuentas no priva al socio del derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable, o determinar si la conoce o no, o si puede o no ejercer su derecho de voto en un sentido o en otro en la junta general ordinaria, sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 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). El hecho de haber votado a favor de la aprobación de las cuentas anuales no le priva del derecho a solicitar su verificación contable.

Tampoco cabe afirmar que existe una renuncia tácita de la pretensión del solicitante. En primer lugar porque, como queda dicho, se trata de ejercitar derechos distintos sin que el ejercicio de uno implique la renuncia al ejercicio de otro. En segundo lugar porque la renuncia a un derecho si bien no precisa de una declaración de voluntad expresa sí que precisa, al menos, la acreditación de que la voluntad del titular sea precisamente la de renunciar al derecho. En tercer lugar, porque no existe en el expediente atisbo alguno de que quien ejerciera en su día el derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital haya desistido de su pretensión de conformidad con la previsión del artículo 87 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre *(vid.,* por todas, resolución de 31 de enero de 2014).

3. En cuanto a los costes ocasionados por la verificación contable, de acuerdo con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales (art. 267 del mismo texto legal), corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero, 30 de julio, 4 y 5 de agosto de 2014 entre las más recientes), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid XIV don Miguel Seoane de la Parra de fecha 15 abril 2016.

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

Madrid, 22 de agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 22 de agosto de 2016 (3.ª)

En el expediente 76/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Lug Healthcare Tecnology, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. como administradora única «Osiwood, S.L.» presentó un escrito de fecha 1 de marzo 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 9 de marzo 2016, 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 «Lug Healthcare Tecnology, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la compañía tiene un acuerdo con la sociedad BDO para que revise las cuentas de dicho ejercicio.

III

Con fecha 28 de marzo de 2016 el Registrador requirió a la sociedad para que acreditase el nombramiento de dicho auditor.

IV

El registrador Mercantil de Madrid, don Jesús González y Salinas dictó resolución en fecha 11 abril 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ….., por escrito de fecha 3 mayo 2016, que tuvo entrada el 12 de mayo de 2016 en el Registro General del Ministerio de Justicia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo que el contrato con la empresa encargada de realizar la auditoría se firmó el 12 junio de 2015 y comprende los ejercicios de 2014, 2015 y 2016, añade además, que la solicitud del socio minoritario de fecha 9 de marzo 2016 es posterior al acuerdo de nombramiento efectuado por el consejo de administración y por tanto, ello enerva su derecho. En segundo lugar alega el recurrente que se aportan numerosos documentos. 1. Copia del acuerdo del consejo de administración 2. Copia del contrato para la prestación de servicios 3. Cartas del banco Santander y la sociedad que acreditan que el nombramiento es de fecha anterior a la solicitud del nombramiento. Dicha documentación se apoya en la Sentencia del Tribunal Supremo 1990/ 10286 de 18 de diciembre en la que se señala que un documento privado puede tenerse por eficaz cuando se corrobore por otras pruebas, como es el supuesto de hecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

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 11 abril 2016 del Registrador Mercantil de Madrid, se recibió el día 14 abril 2016, mientras que el recurso de

alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil Madrid el día 12 mayo 2016; es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 3 de mayo del mismo año.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó en dicha fecha el estado de firmeza *(vide* arts. 48 y 115.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común), no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid, Jesus Gonzalez y Salinas de fecha 11 abril 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del 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, 22 de agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 22 de agosto de 2016 (4.ª)

En el expediente 83/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Productos Terminados de la Madera, S.L.».

HECHOS

I

Don …., don …..., don ….. y doña ….. presentaron escrito de fecha 28 marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Toledo, en el que tuvo su entrada el 29 de marzo del mismo año, en el que solicitaron, 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 «Productos Terminados de la Madera, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia:

1.º La falta de legitimación por parte de los solicitantes, es decir, que los peticionarios, no tienen en realidad la calidad de socios por haber vendido sus participaciones en contrato privado.

2.º Inexistencia de causa alguna que justifique tal petición, y ocurre igualmente que en la solicitud no se especifica ninguna que la avale, por lo que tampoco concurrirían los requisitos mínimos exigibles.

3.º Por último «Productos Terminados de la Madera, S.L,», comunicó con fecha 4 de enero de 2016 al Juzgado de lo Mercantil 1 de Toledo, el inicio de negociaciones con sus acreedores de convenio anticipado o preconcurso que previene el artículo 5 bis LC. Dicho procedimiento una vez admitido por el Sr. Letrado de la Administración Judicial, supone el inicio de la segunda Fase del proceso concursal, artículo 106.2 LC. Este tipo de procedimientos sancionan la obligación de la intervención de administrador concursal transcurridos tres meses desde la comunicación de la negociación, imponiéndose a la deudora la necesidad u obligación de solicitar durante el mes siguiente a los tres meses de indicados, la solicitud de concurso voluntario, y con ello, el nombramiento por parte del Juzgado de administrador concursal.

III

La registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López dictó resolución en fecha 13 abril por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de mayo de 2016, que tuvo entrada el 5 de mayo en el Registro Mercantil de Toledo, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo la falta de legitimación del registrador por estar la sociedad en situación de preconcurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En cuanto a la falta de legitimación de los requirentes, 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 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 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 los accionistas han dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que están legitimados para solicitar la auditoría.

Es cierto que el contrato privado de compraventa tiene efectos entre las partes que pueden compelerse a su elevación a documento público, sí así se hubiera convenido, pero no tiene efectos frente a terceros, salvo lo dispuesto en el artículo 1.227 del Código Civil respecto de la fecha y, por ello, las alegaciones del recurrente, no pueden desvirtuar el principio de prueba que ofrecen las escrituras de constitución y ampliación de capital, inscritas en el Registro Mercantil, donde consta que los solicitantes participan en el capital de la sociedad en una proporción superior al 5% legalmente exigido.

2. Respecto a la falta de causa, la inexpresión de causa de la solicitud no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro 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. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. 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, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo, 4 y 11 de junio, 24 y 30 de julio y 4 y 5 de agosto de 2014 entre otras muchas).

3. En cuanto a la situación de preconcurso, como ha reiterado esta Dirección General *(vid.* Resoluciones de 4 de enero de 2011, 3 de mayo de 2012 y 1 de junio de 2014, entre otras), 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, ya que la declaración del concurso no supone la extinción o suspensión de este derecho individual del socios.

El artículo 46 de la Ley Concursal prevé tanto para los casos de suspensión como de intervención de la administración la subsistencia de la obligación de formular cuentas y de verificarlas, en su caso. Del mismo modo para las sociedades no obligadas a verificar cuentas anuales *(vid.* art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital), subsiste la obligación de verificar cuando un socio que reúna los requisitos establecidos en el artículo 265.2 de la propia Ley lo haya ejercido debidamente.

Como resulta de la simple comparación entre la regulación relativa a los auditores y al informe de verificación de las cuentas anuales (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 aquella relativa al informe a presentar al Juez del Concurso (Ley 22/2003, de 9 julio), la actividad del auditor y la del administrador concursal y el resultado de su trabajo son claramente distintos: a) La designación del auditor es un derecho individual del socio que es libre de ejercitar o no mientras que el administrador concursal es preceptivo en toda declaración de concurso (art. 21 de la Ley Concursal); b) Solo el socio que reúna los requisitos del artículo 265.2 está legitimado para solicitar la verificación de cuentas mientras el administrador concursal es nombrado de oficio por el Juez del Concurso (art. 21 y 26 de la Ley Concursal); c) El autor de informe de verificación tiene que ser un auditor debidamente registrado en el Registro especial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (art. 7 de la Ley de Auditoría y artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil), mientras que el autor del informe del concurso será el profesional designado por el Juez de entre los que consten inscritos en la sección cuarta del Registro Público Concursal (art. 27 de la Ley Concursal); d) El destinatario del informe de verificación en el supuesto del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es el socio que lo haya solicitado mientras que en el caso del concurso es el Juez que lo dirige a quien se presenta el informe (art. 33.1.e.9.ª de la Ley Concursal); El ámbito de actuación del auditor designado en el supuesto del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es mucho menor que el del administrador concursal (confróntese el artículo 268 de la Ley de Sociedades de Capital y el 3 de la Ley de Auditoría con

el artículo 75 de la Ley Concursal) y, en consecuencia, el contenido del informe de verificación de cuentas es distinto del previsto legalmente para el informe del administrador concursal.

La finalidad, contenido y destino, en suma, de uno y otro informe es completamente distinta y de ahí que su regulación sea igualmente diferente de lo que se sigue la subsistencia del derecho individual del socio a pesar de la declaración de concurso de la sociedad.

4. Por último, y relativo a la cuestión de la competencia del registrador, el expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el apartado 2.º del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital aparece desarrollado en título III del Reglamento del Registro Mercantil destinado a regular «otras funciones del Registro», funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta aparece presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador de forma unilateral y objetiva, ajena a la idea de contienda u oposición de intereses entre partes, en los expedientes sobre nombramiento de auditores a que se refiere el tan repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

Como ha reconocido el Tribunal Supremo (sentencias de 8 de julio de 2002 y 7 de julio de 2008) el procedimiento de nombramiento de auditor a instancia de la minoría culmina en una resolución de Derecho Administrativo dictada por quien tiene la competencia para hacerlo y que, por versar sobre materia mercantil, está sujeta a la revisión de los Tribunales de Justicia, en concreto, a la jurisdicción civil. Del mismo modo el alto Tribunal ha resuelto recientemente (Sentencias de 28 de junio y 13 de noviembre de 2013), que el registrador al actuar en el ámbito de su competencia no invade la función jurisdiccional pues ni conoce de procedimiento judicial alguno, ni interfiere en un procedimiento judicial en marcha ni en modo alguno se arroga actuaciones reservadas al poder judicial, ni en el caso que

nos ocupa supone una merma o intromisión en las competencias exclusivas que por aplicación del artículo 8 de la Ley Concursal tiene atribuidas el juez del concurso.

En su virtud esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de fecha 13 abril 2016 de la registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López.

Madrid, 22 de agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Toledo.

Resolución de 22 de agosto de 2016 (5.ª)

En el expediente 91/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Proyectos Buñol 2007, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de «Amci Habitat, S.L.» presentó escrito el 24 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, 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 «Proyectos Buñol 2007, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Trasladada la solicitud de nombramiento de auditor a la sociedad «Proyectos Buñol, S.L.» en fecha 8 de abril de 2016, tuvo entrada en el Registro Mercantil de Barcelona escrito de oposición, suscrito por don……, de fecha 7 de abril de 2016, en calidad de administrador único de la citada mercantil.

III

En el escrito de oposición alegaba, en esencia, que no les consta demanda de información contable por parte de la entidad «Amci Habitat, S.A.»; que en septiembre de 2015, sí atendió demanda telefónica sobre oferta de venta de acciones de la titular «Amci Habitat,

S.A.», reconociendo estar en negociaciones para la venta de su participación; y hace constar que la sociedad solicitante, cotizada en la Bolsa de Barcelona, comunicó el hecho relevante en fecha 6 de febrero de 2015 donde expresaba el no haber realizado auditorías y de conocer la situación de «Proyectos Buñol 2007, S.A.» como sociedad inactiva.

IV

El Registrador Mercantil de Barcelona, don Ignacio Garmendia Rodríguez, dictó resolución en fecha 13 de abril de 2016 por la que acordó no admitir la oposición de la sociedad y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ….., actuando en nombre y representación de «Proyectos Buñol, S.A.», por escrito que tuvo entrada el 6 de mayo de 2016 en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando los mismos motivos que en el escrito de oposición de fecha 7 de abril de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Tal y como señala el registrador en su informe, dos únicos requisitos se exigen para ejercer el derecho a obtener el nombramiento de auditor en las sociedades no obligadas a verificación contable: ser titular de, al menos, el 5% del capital social y que no hayan transcurrido tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social.

En cuanto a la titularidad mínima necesaria, el reconocimiento de estar en negociaciones para la venta de la participación de «Amci Habitat, S.A.» no supone desvirtuar su legitimación, sino más bien al contrario, dicha alegación supone un reconocimiento implícito de la titularidad que ostenta la peticionaria, confirmando así que es socia en tanto no formalice la operación de venta de sus acciones mediante la elevación a escritura pública en los términos previstos en el artículo 106.1 de la Ley de Sociedades de Capital (Resoluciones

de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 23 de agosto de 2010 y 17 de julio de 2012).

En cuanto al plazo de presentación, la solicitud se ha presentado dentro de los tres meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio social que, según se desprende de los Estatutos Sociales de «Proyectos Buñol 2007, S.A.» terminará el 31 de diciembre de cada año.

2. Respecto a la alegación realizada por la mercantil oponente relativa a que no les consta demanda de información contable por parte de «Amci Habitat, S.A.», debe señalarse al respecto 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 de 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% del capital social y que presenten su solicitud dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio a auditar (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 28 de enero y 4 y 5 de marzo de 2013).

3. En relación a la alegación de la oponente relativa al conocimiento por parte de la sociedad solicitante de la situación de la compañía «Proyectos Buñol 2007, S.A.», como sociedad inactiva, debe apuntarse que no impide el derecho a la auditoría la falta de actividad de la empresa, ya que 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 (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de julio de 2012 y 5 de marzo y 2 de septiembre de 2013).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Barcelona, don Ignacio Garmendia Rodríguez, de fecha 13 de abril de 2016.

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

Madrid, 22 de agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 22 de agosto de 2016 (6.ª)

En el expediente 100/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Huertos de Casas Viejas, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. y doña ….., esta última representada por don ….., en virtud de poder conferido en escritura otorgada en Vejer de la Frontera el 16 de junio de 1994, ante el notario don Juan Carlos Gutiérrez Espada, presentaron escrito el 11 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Cádiz, en el que solicitaron, 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 «Huertos de Casas Viejas, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Trasladada la solicitud de nombramiento de auditor a la sociedad «Huertos de Casas Viejas, S.A.» el 18 de enero de 2016, dándose por notificada el 25 de enero, en fecha 27 de enero de 2016 tuvo entrada en el Registro Mercantil de Cádiz escrito de oposición, suscrito por don ….., socio de la citada sociedad.

III

En el escrito de oposición alegaba que el órgano de administración se encontraba vacante, además de que se había solicitado al Registro Mercantil la convocatoria de una Junta el 15 de diciembre de 2015, estando a la espera de la resolución del registrador, proponiendo al Registro la previa celebración de la Junta para el nombramiento de administradores.

IV

El 4 de febrero de 2016 se dio traslado del escrito de oposición a los solicitantes, recibiendo la notificación el 16 de febrero de 2016, sin haber sido presentado escrito de alegaciones por los mismos, por lo que se resolvió paralizar temporalmente el expediente de nombramiento de auditor hasta la celebración de la Junta General Extraordinaria solicitada y el nombramiento de los cargos.

V

Con fecha 31 de marzo de 2016 se presentó en el Registro Mercantil escritura otorgada en Cádiz el 31 de marzo de 2016 ante el notario don Rafael Navarro Millán, por la que se elevan a públicos los acuerdos tomados en la Junta General Extraordinaria celebrada de conformidad con la resolución del Registrador de fecha 3 de febrero de 2016. Como conse-

cuencia, atendiendo a lo solicitado en el escrito del 27 de enero de 2016 del socio mayoritario, don ….., con fecha 7 de abril de 2016 se notificó a la sociedad a efectos de ejercitar su derecho de oposición, dándose por notificada el 14 de abril de 2016.

VI

El 20 de abril de 2016 se presenta en el Registro Mercantil de Cádiz escrito de oposición suscrito por don ….., Presidente del Consejo de Administración de «Huertos de Casas Viejas, S.A.» en el que manifiesta que, al no constar inscritos los cargos en el Registro Mercantil, por faltar las cuentas anuales de los últimos cuatro ejercicios, la sociedad continúa en irregularidad en cuanto a su órgano de administración y en cuanto al estado de sus cuentas anuales.

VII

Con fecha 27 de abril de 2016, se resuelve por parte del Registrador Mercantil accidental de Cádiz, don Manuel Matas Bendito, no admitir la oposición de la sociedad y acceder al nombramiento del auditor solicitado, presentando el 20 de mayo de 2016 don……, Presidente del Consejo de Administración de la sociedad, escrito de recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado contra la resolución expresada, alegando los mismos motivos que en su escrito de oposición presentado el 20 de abril de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La cuestión discutida es si la falta de inscripción de los cargos del órgano de administración y la falta de aprobación de las cuentas de ejercicios anteriores son obstáculo suficiente para privar a los socios de su derecho a solicitar la auditoría de las cuentas de la sociedad.

2. Dos únicos requisitos se exigen para ejercer el derecho a obtener el nombramiento de auditor en las sociedades no obligadas a verificación contable: ser titular de, al menos, el 5% del capital social y que no hayan transcurrido tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social. Ambos requisitos se cumplen en los solicitantes.

3. Tal y como señala el Registrador, el ejercicio del derecho de los socios no puede impedirse alegando que los nombramientos no están inscritos. El nombramiento de administradores surte efectos desde el momento de su aceptación, y la inscripción en el Registro Mercantil aparece configurada como

obligatoria, no como constitutiva (art. 214 de la Ley de Sociedades de Capital), por lo que, sin perjuicio de los efectos de publicidad material del Registro, su actuación como tales administradores se produce desde que aceptaron el cargo y en tanto el mismo esté vigente ha de tenerse por válida (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 1991, 6 de mayo de 1994 o 20 de enero de 1999, entre otras).

4. Con independencia de ello, las irregularidades en el órgano de administración, así como la falta de aprobación de las cuentas anuales de los cuatro últimos ejercicios no son suficientes para privar a los socios, en los que se cumplen los requisitos exigidos por la ley, del derecho a solicitar la auditoría de las cuentas de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil accidental de Cádiz, don Manuel Matas Bendito, de fecha 27 de abril de 2016.

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

Madrid, 22 de agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Cádiz.

Resolución de 25 de agosto de 2016

En el expediente 93/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Lozano Teresa, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Lozano Teresa, S. A el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que la designación de auditor por la propia sociedad se había producido. Así, con fecha 19 de noviembre de 2014 se realizó la convocatoria de Junta General mediante anuncios publicados en el periódico La Razón y el BORME. Con fecha 20 de diciembre de 2014 se celebró la Junta en la cual se nombró al correspondiente auditor estando todos los acuerdos debidamente inscritos en el Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don Manuel Casero Mejías dictó resolución en fecha 15 de abril de 2016 por la que acordó admitir la oposición y rechazar el nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 5 de mayo de 2016, que tuvo entrada el día 9 del mismo mes en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que……se opone al nombramiento de auditor afirmando que ya existe auditor cuyo cargo está inscrito en el Registro Mercantil, pero no acredita que dicha inscripción esté vigente o no retirada, instando a su comprobación. 2.º La auditoría de las cuentas de 2014 encomendada al mismo auditor no ha sido todavía depositada por la misma sociedad. 3.º Con anterioridad, en otro expediente, el recurrente solicitó el nombramiento de auditor para las cuentas de 2014 lo que dió lugar al expediente 87/2015 en el que se desestimó su pretensión. El recurrente considera mermados sus derechos en tanto que su solicitud de nombramiento de auditor fue anterior a la inscripción del cargo en el registro mercantil. 4.º Con fecha 31 de julio 2015 procedió el interesado a consultar el Registro mercantil en el que se le informa de que han sido retirados por el interesado todos los documentos, con sus asientos, referidos a sus reclamaciones de auditor. El recurrente manifestó a la persona que le informó de dicha situación, que aquello es incierto y como consecuencia de ello interpuso denuncia ya que el interesado manifiesta no haber retirado petición o solicitud alguna referida a las peticiones para las cuentas de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el

que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión a la que se ha referido en multitud de ocasiones y que hace referencia al conflicto que se produce cuando colisiona la solicitud del socio minoritario realizada al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital con el nombramiento que ha llevado a cabo la sociedad con carácter voluntario.

2. De forma reiterada (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), 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 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, 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.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que «dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones

bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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.

3. En el supuesto que da lugar a la presente, a la fecha de solicitud del nombramiento de auditor existe ya nombrado e inscrito desde el 22 abril de 2015 un auditor en el Registro Mercantil. El interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Procede en consecuencia la desestimación del recurso. Debe tenerse en cuenta: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento anterior del auditor nombrado por la sociedad; b) no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho del solicitante, circunstancia que en cualquier caso debe ser objeto de pretensión ante los Tribunales de Justicia; c) que resulta innecesario y económicamente injustificable el nombramiento de un auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el realizado por un profesional cuyo ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad; d) que cualquier desviación de la anterior conducta debe ser puesta en conocimiento de la administración competente por el interesado para que adopte las medidas previstas en el ordenamiento; e) que como ha puesto de relieve esta Dirección General *(vid.* resoluciones de 11 de marzo y 30 de julio de 2014), la objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 11 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un audi-

tor de cuentas o sociedad de auditoría. Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; f) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. Si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid de Manuel Casero Mejías de 15 de abril de 2016.

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

Madrid, 25 de agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 2 de septiembre de 2016

En el expediente 101/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de doña ….., socio de «MTS Irún, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito el 30 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, 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 «MTS Irún S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Que, en consecuencia, se da traslado de la solicitud a la sociedad, mediante correo certificado con acuse de recibo, notificación recibida el 6 de abril de 2016.

III

A la vista de la misma, la sociedad presenta el 11 de abril de 2016 escrito de oposición al nombramiento, alegando la falta de acreditación de la titularidad del 5% de las participaciones del capital social, que legitiman a la señora….. para ejercitar su derecho de nombramiento de auditor, además de su condición de administradora solidaria de la sociedad.

IV

El Registrador Mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata, dictó resolución en fecha 9 de mayo de 2016 por la que acordó no proceder al nombramiento del auditor solicitado, por ser la señora Gárate administradora solidaria de la sociedad y, por tanto, pudo encargar por sí sola la auditoría.

V

Doña ….., por escrito de fecha 25 de abril de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Guipúzcoa, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que la solicitante ya no es administradora solidaria de la entidad, ya que fue cesada de su condición en Junta Universal celebrada el 12 de Mayo de 2015, que le fue notificada por el notario de Irún don José Alfonso García Álvarez conforme a la escritura de fecha 13 de abril de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La cuestión planteada es si el socio, administrador solidario, puede ejercer o no su derecho a solicitar la auditoría de cuentas de la sociedad, y si en este caso puede considerarse que la solicitante ya había perdido su condición de administradora.

2. Esta Dirección General, en Resolución de 24 de Julio de 2014, tiene establecido que, por regla general, la concurrencia en el solicitante de la condición de administrador no impide el ejercicio de este derecho, excepto cuando se trate de administrador único o solidario, ya que en estos casos podría haber contratado por sí mismo la auditoría como un acto propio de la gestión social de la empresa.

3. En el presente caso, doña ….. era administradora solidaria de la sociedad, por lo que, en principio, podía haber contratado por sí misma la auditoría.

4. No obstante, con posterioridad a la solicitud de nombramiento de auditor de doña ….., que tuvo lugar el 30 de marzo de 2016, se le notifica por el Notario de Irún, don José Alfonso García Álvarez, el 13 de abril de 2016, que ha sido cesada en su condición de administrador solidario en Junta Universal celebrada el 12 de mayo de 2015.

5. Si bien es cierto que doña ….. figura todavía en el Registro Mercantil como administradora solidaria, lo cierto es que la misma fue cesada de su cargo el 12 de mayo de 2015. En este caso, la falta de diligencia de la sociedad, manifestada en la tardanza para comunicar a la interesada su cese, así como en la falta de inscripción del mismo en el Registro Mercantil, no puede menoscabar el derecho de la socia minoritaria, recogido en el artículo 265.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata, de fecha 9 de mayo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Guipúzcoa.

Resolución de 5 de septiembre de 2016

En el expediente 109/2016 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Hospital Quirón Campo de Gibraltar S.L.».

HECHOS

I

Por el Registro Mercantil de Madrid, se remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado certificación expedida por don ….., con el V.ºB.º de don ….., como Secretario y Presidente, respectivamente, de la mercantil «Hospital Quirón Campo de Gibraltar, S.L.». Dicho escrito tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 3 de junio de 2016 y en este Ministerio el día 9 de junio del mismo año.

II

En dicha certificación parcial de la reunión celebrada el día 30 de marzo de 2016 con la asistencia de la totalidad de los miembros del Consejo de Administración de la citada entidad se hace constar lo relativo al acuerdo quinto, del que parece desprenderse que la solicitud de nombramiento de auditor con arreglo a lo dispuesto en el artículo 356 del Reglamento Registro Mercantil tiene como finalidad evitar gastos innecesarios en la emisión de un informe de auditoría adicional, mayores demoras en la apertura de la hoja registral de la sociedad y consiguiente inscripción de los acuerdos sociales pendientes.

III

El Registrador Mercantil de Madrid VI, don Francisco Javier Llorente Vara, en su escrito de remisión del expediente a este Centro Directivo, se limita a hace constar la entrada en dicho registro de la solicitud de nombramiento con arreglo al artículo 356 del Reglamento Registro Mercantil y a remitir el mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, artículos 263, 264 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 355 y 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

1. El artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil regula la designación excepcional de auditor para la verificación contable de las cuentas de una sociedad soslayando el procedimiento ordinario regulado en el artículo 350 y siguientes del mismo reglamento. Dicho precepto confiere a esta Dirección General de los Registros y del Notariado la facultad discrecional de valorar si las circunstancias alegadas en cada caso revisten o no el carácter de especiales justificando la postergación del procedimiento ordinario.

El artículo 356 se refiere en un primer momento y de forma genérica a la concurrencia de circunstancias especiales sin mayor determinación de lo que deba entenderse al respecto. La inteligencia del precepto sobre lo que son «circunstancias especiales» no es por tanto lo clara que hubiera sido deseable

a fin de proporcionar un criterio sobre qué supuestos deben caer bajo su regulación. Sin embargo esta aparente falta de claridad viene sobradamente compensada por el propio artículo si tenemos en cuenta:

a) Que considera supuesto de excepción el hecho de que la sociedad haya depositado cuentas del ejercicio anterior en las que la cuenta de pérdidas y ganancias no haya sido abreviada. El artículo 258 de la Ley de Sociedades de Capital determina a contrario que las sociedades están obligadas a formular cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada si reúnen al menos dos de las circunstancias siguientes: «a) Que el total de las partidas de activo supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a doscientos cincuenta».

b) Que a continuación considera supuesto de excepción que la sociedad estuviera obligada a formular cuentas e informe de gestión consolidados lo que ocurrirá, de acuerdo con los artículos 42 y 43 del Código de Comercio cuando: la sociedad matriz o dominante deba presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada en los términos vistos o cuando la matriz o una de las filiales haya emitido valores admitidos a un mercado secundario oficial o cuando la sociedad matriz forme parte a su vez de un grupo mayor y se den determinadas circunstancias.

c) Que a continuación el número 2 del propio artículo 356 señala que los auditores que pueden designarse deben superar determinada capacidad en función del número de profesionales a su servicio y del volumen de horas facturadas.

De lo anterior cabe concluir que el Reglamento del Registro Mercantil solo considera que procede nombramiento de auditor fuera del procedimiento ordinario cuando el volumen y el movimiento económico de la sociedad son reveladores de un tamaño que justifica que las labores de auditoría sean llevados a cabo por una firma de auditoría que tenga capacidad suficiente para hacerse frente de semejante labor. De aquí se sigue que las otras «circunstancias especiales» a que se refiere el primer inciso del artículo 356.1 deben comprender aquellas otras que por derivar del volumen económico de la sociedad justifiquen el nombramiento de un auditor igualmente especial aun cuando no se ajusten exactamente a las previsiones de las letras a y b anteriormente señaladas.

A la luz de las consideraciones anteriores, del escrito de solicitud en cuestión y en los términos que el mismo se expresa, así como del contenido del escrito de remisión del Registro Mercantil de Madrid, no se aprecia circunstancia especial alguna que justifique la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor, ni por volumen y movimiento económico de la sociedad ni por otras circunstancias especiales según se ha expuesto, por lo que:

En su virtud, esta Dirección General resuelve:

1.º No haber lugar a la aplicación del procedimiento excepcional previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil por cuanto no concurre ninguna causa especial que así lo imponga.

2.º Ordenar al Registrador Mercantil de Madrid VI, proceda al nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad «Hospital Quirón Campo de Gibraltar, S.L.» por el procedimiento ordinario, previsto y regulado en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar la solicitud formulada ante este Centro Directivo y que se resuelva en los términos anteriores.

Madrid, 5 de septiembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 6 de septiembre de 2016 (1.ª)

En el expediente 65/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Lámparas Contreras, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 31 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Albacete, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y como titular de más del 5% del capital social de «Lámparas Contrera, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales de la mercantil. Se acompaña: 1.º) Copia de escritura de constitución de «Lámparas Contreras, S.A.», autorizada por el notario de Albacete don José Marqueño Molina el día 5 de febrero de 1985, número 273 de su protocolo.

II

El Registrador Mercantil de Albacete, don Flavio Muñoz García dictó resolución en fecha 14 de abril de 2016 por la que resolvió ser procedente el nombramiento del auditor solicitado.

III

Don ….., por escrito de fecha 4 de mayo de 2016, que se presentó en la Oficina de Correos el mismo día, y que tuvo entrada el 9 de mayo de 2016 el Registro Mercantil de Albacete, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º En la instancia suscrita por la solicitante no se hace mención expresa del ejercicio anual respecto del cual se solicita se nombre auditor. 2.º Al no citarse el ejercicio a auditar tampoco es posible concluir si respecto del ejercicio del que se solicita auditor, ostentó o no cargo que conllevase la gestión exclusiva, considerando que hasta el cierre del último ejercicio cerrado, la solicitante constaba como miembro del órgano de administración y Consejero Delegado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Si bien es cierto que en la instancia suscrita por doña ….. se omitió hacer referencia expresa al ejercicio anual respecto del cual se solicita que se nombre auditor, no lo es menos que, del conjunto de circunstancias del expediente (tenor literal del art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, manifestación por la interesada en la instancia que no han transcurrido más de tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social, etc.) resulta evidente que la solicitud se refiere al ejercicio 2015, razón por la cual resulta que no puede ser estimada esta primera causa de recurso. A mayor abundamiento, es preciso aclarar que, aunque no es el caso, en aquellos supuestos en los que se estime que la solicitud no reúne los requisitos exigidos, ello no da lugar a desestimar la petición, sino que, conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común lo que procedería sería requerir a la interesada para que, en un plazo de diez días, subsanase la falta, indicando que, si así no lo hiciera, se le tendría por desistido de su petición.

2. Del mismo modo, no puede prosperar la segunda de las alegaciones contenidas en el escrito de recurso relativa a que, al no citarse el ejercicio a auditar, tampoco es posible concluir si respecto del ejercicio del que se solicita auditor, la solicitante ostentó, o no, cargo que conllevase la gestión exclusiva. No es requisito de la instancia en que se solicita la auditoría el que se especifique si se ha ostentado tal cargo durante uno u otro ejercicio, por lo que, en consecuencia, en ningún caso su omisión podría producir el efecto de revocar resolución alguna.

Por otra parte la recurrente aduce que la solicitante «constaba como miembro del órgano de administración y Consejero Delegado», sin embargo, no resulta de los libros del registro, ni se acredita por parte de la recurrente que concurran las circunstancias exigidas por este Centro Directivo para frustrar la petición de la socia, doña ….., esto es, haber gestionado en exclusiva la sociedad, y haberlo hecho durante todo el ejercicio respecto del que se solicita auditoría. Así resulta que, solo en aquellos casos en que se acredite que el solicitante hubiera podido contratar, si lo hubiera estimado conveniente, los servicios de un auditor de cuentas, como un acto más de gestión y buena administración, se frustraría su petición fundamentada en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de Septiembre de 2011, entre otras).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Albacete, don Flavio Muñoz García, de fecha 14 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Albacete.

Resolución de 6 de septiembre de 2016 (2.ª)

En el expediente 82/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ozoaqua, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de «Farma Consultoría e Intermediación, S.L.», presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el mismo día 30, en el que solicitó para su representada, 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 «Ozoaqua, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia:

1.º Falta de legitimación notarial de la firma y falta de representación.

2.º No resultar de la hoja abierta a nombre de la sociedad la condición de accionista de la mercantil solicitante, ya que la escritura de ampliación de capital ni ha sido inscrita en el Registro Mercantil ni se ha subsanado la misma.

3.º Que con posterioridad a dicha escritura defectuosa, y con posterioridad a la solicitud de nombramiento de auditor realizada, con fecha 4 de abril la solicitante ha aceptado la devolución del dinero y dejar de ser socio, por lo que a falta de acudir al notario para realizar la escritura por la que se deje sin efecto la ampliación de capital y proceder a devolverle el dinero ante notario, está claro que carece de la legitimación de socio.

III

El Registrador Mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot dictó resolución en fecha 15 de abril por la que acordó dejar en suspenso la designación de auditor dado que de la documentación obrante en el Registro consta presentada la mencionada escritura de aumento de capital.

IV

Don ….., en nombre y representación de «Farma Consultoría e Intermediación, S.L.», por escrito de fecha 9 de mayo de 2016, que tuvo entrada el mismo día 9 en el Registro Mercantil de Pontevedra, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, señalando como única alegación que la decisión de suspender la tramitación del expediente de nombramiento de auditor basada exclusivamente en el hecho de que la escritura de aumento de capital no está inscrita y se encuentra pendiente de subsanación es excesivamente rigorista y le causa indefensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el

que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

En el caso que nos ocupa, debe tenerse en cuenta que de la documentación que forma parte del expediente resulta que con fecha de 18 de enero de 2016 la escritura de aumento de capital antes mencionada fue presentada para su inscripción bajo el asiento número 400 del Diario 110 y fue objeto de calificación negativa, sin que a fecha de la resolución del recurso resulte que dicha escritura haya sido subsanada, debidamente inscrita o tenga asignado asiento de presentación en el registro mercantil, es más, según oficio del propio Registrador Mercantil de Pontevedra de fecha 10 de mayo de 2016, a la fecha de presentación del recurso, el asiento correspondiente a la escritura presentada se encuentra caducado.

Esta Dirección ya se ha pronunciado sobre si el aumento de capital, no inscrito, acordado con anterioridad a la solicitud del nombramiento de auditor, puede ser tenido en cuenta a los efectos del cómputo de capital del socio peticionario.

Sobre la cuestión de determinar si un acuerdo social no inscrito acordado con anterioridad a la solicitud del nombramiento de auditor que afecta a la composición del capital, puede ser tenido en cuenta a los efectos de su cómputo esta Dirección General ha sostenido de forma reiterada que la respuesta es negativa *(vid.* por todas las resoluciones de 18 de junio de 2010, 7 de octubre de 2013 y de 23 de abril de 2014).

El artículo 285 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que los acuerdos de modificación de capital habrán de acordarse con los requisitos especiales establecidos en los preceptos que le siguen. Se deriva del artículo 290 del mismo cuerpo legal, que dichos acuerdos se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. Resulta así que, siendo la inscripción precisa en los acuerdos de modificación de capital, y no habiéndose producido ésta, como es el caso, no cabe sino declarar que, para el Registro, el solicitante no es titular de más del 5% del capital social, y en consecuencia, no procede el nombramiento de auditor solicitado. La circunstancia de haberse acordado una modificación de capital en Junta General no puede desvirtuar las afirmaciones posteriores ya que, para que surta efectos dicho acuerdo frente a terceros, es preciso elevarlo a escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil (art. 21 del Código de Comercio). Solo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es exacto y válido (art. 20 del Código de Comercio), quedando excluida la posibilidad de que se desplieguen los fuertes efectos derivados de la inscripción respecto de acuerdos que no han pasado el filtro de la calificación registral (art. 18 del Código de Comercio).

Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo. Ciertamente y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concu-

rrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que:» 3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten».

Desde ese momento el acuerdo social despliega efectos y los socios pueden actuar en consecuencia. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción (sobre lo que no procede un pronunciamiento expreso al ser irrelevante a los efectos de esta resolución), ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia, que es la que propiamente constituye el objeto de la presente, está supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio).

En el presente caso y como ya ha quedado señalado en los párrafos anteriores es necesario distinguir entre aquellos efectos que los acuerdos sociales producen respecto de terceros extraños y ajenos a la sociedad misma quienes no pueden verse perjudicados por aquéllos actos que sin haber accedido al Registro Mercantil se mantienen ocultos entre los socios y los socios mismos quienes quedan vinculados por los acuerdos válidamente adoptados. Lo que no puede pretender la sociedad es hacer valer frente a terceros un acuerdo social que permanece en la clandestinidad, máxime cuando el órgano de administración está obligado a presentarlo a inscripción en el plazo de un mes desde su adopción, a fin de que desenvuelva todos los efectos previstos en el ordenamiento y no solo los meramente internos *(vid.* art. 19 del Código de Comercio en relación a los artículos 81.2, 83 y 94.1.2.ª del Reglamento del Registro Mercantil).

En el presente caso resulta del expediente y de la documentación aportada que la escritura de aumento de capital que legitimaría al socio requirente ha sido calificada con anterioridad como defectuosa sin que dicho acuerdo haya accedido al Registro Mercantil o resulte del mismo expediente la validez de la misma.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar las pretensiones formuladas contra la calificación del Registrador Mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Pontevedra.

Resolución de 6 de septiembre de 2016 (3.ª)

En el expediente 104/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Telepalma, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en representación como apoderado de «Promecon Materiales y Servicios Para Telecomunicaciones, S.L.», presentó escrito el 4 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Huelva, 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 «Telepalma, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

El 9 de marzo de 2016 se dio traslado a la sociedad de copia del escrito del socio minoritario, mediante correo certificado con acuse de recibo, del que consta la recepción el 11 de marzo de 2016.

III

El 17 de marzo de 2016 se presentó en la oficina de correos escrito de oposición por parte de la sociedad afectada, que tuvo entrada en el registro el 21 de marzo de 2016, manifestando que la misma ya tiene contratado y nombrado auditor de cuentas, en concreto a don ….., con fecha anterior a la solicitud del socio minoritario. Como consecuencia, como diligencia de mejor proveer, se requiere a la sociedad para que aporte prueba documental que acredite este extremo, presentándose a tal efecto el 13 de abril de 2016 certificación de dicho acuerdo.

IV

La registradora mercantil de Huelva, doña Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazábal, dictó Resolución en fecha 28 de abril de 2016 por la que acordó no proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ….., actuando en nombre y representación, como apoderado, de «Promecon Materiales y Servicios Para Telecomunicaciones, S.L.», por escrito de fecha 6 de abril de 2016, que tuvo entrada el 11 de abril de 2016 en el Registro Mercantil de Huelva, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que: 1) el

escrito de oposición no se presentó dentro del plazo reglamentario (21 de marzo de 2016, cuando el plazo vencía el 17 de marzo), por lo que se tuvo que dar por no presentado, y, en consecuencia, tampoco se habría producido la diligencia de mejor proveer; 2) el acuerdo de la Junta General que nombra al auditor va a ser impugnado, por considerarse adoptado con abuso de derecho y 3) es necesario que se acredite que el nombramiento es de fecha fehaciente anterior a la solicitud del socio minoritario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede entenderse extemporáneo el escrito de oposición, ya que si bien es cierto que la presentación del mismo tuvo lugar el 21 de marzo de 2016, el sello de correos es de 17 de marzo de 2016 y, por tanto, dentro de los 5 días hábiles que establece el artículo 354.1 del Reglamento del Registro Mercantil (en este sentido, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de abril de 1999 y 19 de septiembre de 2005).

2. En cuanto a la impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta General sobre el nombramiento de auditores, hay que tener en cuenta que no es objeto de este expediente la validez o nulidad de los mismos y, además, al estar ya inscritos se encuentran bajo la salvaguarda de los Tribunales, presumiéndose exactos y válidos en tanto no se inscriba la declaración judicial de inexactitud o nulidad (art. 20 del Código de Comercio). Es cierto que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de los derechos está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), tal y como señala la registradora, la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como este, cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales en defensa de su posición jurídica (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de octubre de 2015).

3. En cuanto a la fecha de nombramiento del auditor, si bien es cierto que la Dirección General venía exigiendo que la fecha anterior del nombramiento resultase de forma fehaciente, la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia (en este sentido, Resoluciones de la Dirección General de los

Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 2013, 24 de junio de 2014 o 24 de octubre de 2014). En este expediente, resulta que la primera fecha fehaciente que resulta de los documentos es posterior a la presentación de la solicitud por el socio minoritario; 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. No existen motivos para presumir falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario, que de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los Tribunales.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Huelva, doña Mercedes Jiménez Alfaro Larrazábal, de fecha 28 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Huelva.

Resolución de 6 de septiembre de 2016 (4.ª)

En el expediente 107/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Woodperfect, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 10 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el 24 de marzo de 2016, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y como titular del 20% del capital social de «Woodperfect, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015. Se

acompaña copia de escritura pública de compraventa de participaciones sociales autorizada por el notario de Manresa, don Pedro Carlos Moro García, el 18 de abril de 2011, número 705 de su protocolo.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que si bien es cierto que el Sr. ….., es titular de 14.700 participaciones sociales, no lo es el extremo de que dichas participaciones representen el 20 % del capital social. El pasado 8 de julio de 2015 de celebró Junta Extraordinaria y Universal de socios cuyo objeto fue, entre otros, la ampliación de capital por compensación de créditos y la adjudicación de participaciones sociales. Como consecuencia de ello el Sr. ….., no ostenta el 5 % del capital social. A esta Junta asistieron todos los socios, incluido el solicitante. Se acompaña: 1.º Copia de escritura de elevación a público de acuerdos sociales de cese y nombramiento de administradores y de aumento de capital autorizada por el notario de Sant Viçent de Castellet, doña María del Pilar Saltó Saura, el día 30 de julio de 2015, número 526 de su protocolo.

III

El Registrador Mercantil de Barcelona, don Jaime Sansa Torres dictó resolución en fecha 19 de abril de 2016 por la que acordó no admitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., actuando como administradora solidaria de «Woodperfect, S.L.», por escrito de fecha 19 de mayo de 2016, presentado en la Oficina de Correos el mismo día, y que tuvo entrada el 23 de mayo de 2016 en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2, 313 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 198 y siguientes y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La única cuestión a dilucidar, que ya se plantea en el escrito de oposición de la sociedad, y que se ratifica en el recurso, es la relativa a la trascendencia que, en orden a la legitimación del socio que solicita el nombramiento

de auditor por el artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital la Ley de Sociedades de Capital, tiene la existencia de un acuerdo de aumento de capital, no habiéndose producido la correspondiente inscripción en el Registro Mercantil.

Para resolverla ha de tenerse en cuenta, la reiterada doctrina de esta Dirección General, según la cual, el momento que ha de considerarse si el socio solicitante del nombramiento, reúne o no la titularidad de la participación social, suficiente o no, para estar legitimados en orden al ejercicio de este derecho, es el del ejercicio del mismo, es decir, el momento dentro del plazo legal de los tres meses, en el que se presenta la instancia de solicitud, de tal manera que, ostentándose en ese momento al menos el 5 por 100 del capital social debe accederse al nombramiento. Ello no es contradictorio con el hecho, de que esa legitimación ha de tenerse además y mantenerse durante su tramitación.

Tradicionalmente este Centro Directivo ha mantenido, en orden al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil, que el acuerdo de ampliación de capital no conllevaba por sí solo una variación efectiva del capital social, entendiendo que se debía tener en cuenta lo que resultase de los asientos regístrales, atribuyendo efectos constitutivos a dichas modificaciones estatutarias (Resolución de 8 de octubre del 1999, 17 de noviembre de 1999 y 3 de diciembre del 99, 19 de junio de 2010 y 7 de octubre de 2013, entre otras).

Sin embargo, esta doctrina debe ser revisada, puesto que no es conforme con la mantenida por esta Dirección General en otras sedes, como las resoluciones de 22 octubre de 2003 y 11 de enero de 2005 en las que se concluye que la sociedad puede elegir el momento de elevar a público sus acuerdos sociales habida cuenta del carácter declarativo y no constitutivo de la inscripción del aumento de capital en el Registro Mercantil. Del mismo modo, tampoco se adecua a los pronunciamientos de los tribunales, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de febrero de 2012, en la que se concluye que la eficacia del acuerdo de ampliación de capital frente a la sociedad «debe reconocerse desde el momento en que dicho acuerdo esté ejecutado mediante suscripción, desembolso y adjudicación, en este caso, de las nuevas participaciones sociales, sin perjuicio de que frente a terceros de buena fe no resulte eficaz en tanto no se practique la oportuna inscripción, como consecuencia de los principios de legitimación y fe pública». Añade que «como destaca un importante sector doctrinal, la ampliación de capital puede estar ejecutada por completo aun cuando no esté documentada, inscrita y publicada». En este mismo sentido, el Tribunal Supremo ha determinado la naturaleza declarativa de la inscripción de aumento de capital en alguno de sus pronunciamientos (sentencia de 30 de marzo de 1999, entre otras).

Así pues, atendiendo al caso concreto que se plantea en este expediente, es preciso determinar si un aumento de capital social acordado con anterioridad

a la solicitud de nombramiento de auditor y en virtud del cual el socio solicitante dejaría de ser titular de participaciones que representen al menos el 5% del capital social, elevado a público, pero no inscrito en el Registro Mercantil, puede ser tenido en cuenta a los efectos del cómputo del porcentaje de capital del socio peticionario.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la respuesta debe ser necesariamente afirmativa. Para llegar a esta conclusión, en relación a la legitimación del socio solicitante, es preciso distinguir los efectos del acuerdo de aumento no inscrito según estos se produzcan frente a terceros o en el ámbito interno de la sociedad, esto es, en la relación que existe entre la sociedad y sus partícipes.

En el primer caso, para que el aumento o ampliación de capital surta efectos frente a terceros de buena fe, se exige que el acuerdo se otorgue en escritura pública y que se proceda a su inscripción en el Registro Mercantil y publicación en su Boletín Oficial, de modo que sin estos requisitos la pretendida ampliación no surtirá efectos frente a terceros.

Sin embargo, en el segundo supuesto, debe sostenerse que la eficacia de un acuerdo de aumento de capital frente a la sociedad deberá reconocerse desde el momento en que dicho acuerdo quede ejecutado mediante la suscripción, desembolso y adjudicación de las nuevas participaciones. Asimismo, la relación entre la sociedad y sus partícipes, y de éstos entre sí, quedará alterada desde ese momento y no desde la inscripción del mismo en el Registro Mercantil que, si bien robustecerá los efectos jurídicos del aumento de capital, tiene efectos declarativos y de eficacia frente a terceros (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de octubre de 2003 y de 11 de enero de 2005, entre otras).

Por lo tanto, el socio solicitante fue titular del 20 % de las participaciones en que se dividía el capital social, pero dejó de serlo como consecuencia del acuerdo de aumento de capital adoptado en Junta General Extraordinaria celebrada en el 8 de julio de 2015, estando presente todo el capital social en la misma, pasando a ser titular del 4,57 % de las participaciones en que se divide el capital social, no ostentando el porcentaje de participaciones mínimo exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de capital para estar legitimado para solicitar del Registrador Mercantil, dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social, el nombramiento de auditor para que verifique las cuentas del ejercicio económicamente anterior.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Barcelona, don Jaime Sansa Torres, de fecha 19 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 6 de septiembre de 2016 (5.ª)

En el expediente 108/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Seductime, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el 31 de marzo de 2016, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Seductime, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 y posteriores.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que conforme a lo establecido en el apartado 2.º del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, la sociedad no reconoce legitimación activa al instante. El 30 de junio de 2015 suscribió contrato de venta de sus participaciones sociales a favor del firmante del escrito de oposición, en unión de un reconocimiento de deuda y compromiso de pago. 2.º La solicitud está articulada en un claro fraude de ley. Se acompañan: 1.º) Fotocopia del citado contrato. 2.º) Burofax remitido por el solicitante de la auditoría al domicilio de la sociedad en el que reclamaba unos impagos derivados del contrato citado anteriormente.

III

La registradora mercantil de Barcelona, doña Juana Cuadrado Cenzual dictó resolución en fecha 25 de abril de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado únicamente para la verificación de las cuentas del ejercicio 2015.

IV

Don ….., por escrito de fecha 24 de mayo de 2016, que tuvo entrada el 26 de mayo de 2016 en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, artículo 7 y 1902 del Código Civil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede ser estimada la primera de las causas de recurso esgrimidas por el recurrente como fundamento de su pretensión relativa a la falta de legitimación del solicitante. En este sentido, tal y como señala la registradora mercantil de Barcelona, este Centro Directivo ha mantenido con reiteración (por todas, resolución de 28 de mayo de 2012), 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–.

En el caso que nos ocupa, la sociedad, aporta fotocopia de un contrato de venta de participaciones sociales, reconocimiento de deuda y compromiso de pago, que no constituye prueba suficiente para desvirtuar la legitimación del solicitante. A mayor abundamiento, tiene razón la registradora cuando pone de manifiesto que el artículo 106 de la Ley de sociedades de Capital supedita la eficacia de la transmisión de participaciones sociales al otorgamiento de escritura pública. Por otra parte, la legitimación del peticionario deriva de los datos registrales de la sociedad, en donde constan inscritas las escrituras de constitución *(cfr.* art. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil).

2. Del mismo modo procede desestimar el segundo de los motivos de recurso relativo al abuso de derecho por parte del solicitante. Como ha repetido esta Dirección General (Resolución de 6 de febrero de 2013), es 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 de auditor ya que, si bien es cierto que estas motivaciones no serán

siempre legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil) y no ampara, por el contrario, el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 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 su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona, doña Juana Cuadrado Cenzual, de fecha 25 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 6 de septiembre de 2016 (6.ª)

En el expediente 117 /2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Estructuras y Montajes del Sur, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Córdoba, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Regis-

tro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Estructuras y Montajes del Sur, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Con fecha 1 de abril el registrador remitió al solicitante oficio por el que conforme al artículo 71 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común debe aportar la mencionada solicitud con firma legitimada notarialmente, por exigirlo así los artículos 6, 7 y 351 de Reglamento del Registro Mercantil y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1993. Dicho oficio fue entregado el día 4 de abril.

III

Con fecha 14 de abril se recibió escrito del señor…..en el que solicitaba la prórroga por un plazo de diez días, lo que se concedió el día 18 de abril. Posteriormente, el registrador Francisco Manuel Galán Ortega con fecha 5 de mayo dictó resolución en la que denegó la solicitud de nombramiento de auditor la cual fue notificada al interesado el día 9 de mayo. Transcurrida esta fecha, el día 23 de mayo tiene entrada en el Registro Mercantil de Córdoba instancia por triplicado con firma legitimada y suscrita por el señor…..en la que solicita el nombramiento del auditor, como consecuencia de ello el registrador de Córdoba con fecha 30 de mayo, la cual es recibida por el interesado el 2 de junio, comunica nuevamente su resolución de fecha 5 de mayo en la que desestima la solicitud.

IV

Don ….. interpuso recurso contra la resolución de Francisco Manuel Galán Ortega con fecha 14 de junio que tuvo su entrada en el Registro el 20 de junio, en el que afirma que durante la concesión de la prórroga se procedió al cierre del expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

Como ha afirmado esta Dirección en múltiples ocasiones *(vid.* resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), el expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el apartado 2.º del

artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital aparece desarrollado en título III del Reglamento del Registro Mercantil destinado a regular «otras funciones del Registro», funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta aparece presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador de forma unilateral y objetiva, ajena a la idea de contienda u oposición de intereses entre partes, en los expedientes sobre nombramiento de auditores a que se refiere el tan repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

Consecuencia de lo anterior es que ante la solicitud de designación de auditor a instancia de la minoría el procedimiento a seguir es el contemplado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y en lo en ellos no dispuesto por las normas generales del procedimiento de conformidad con la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común.

De lo anterior se sigue que: a) la solicitud debe reunir los requisitos establecidos en el Reglamento del Registro Mercantil y si resultase defectuosa el registrador debe proceder en la forma prevista en el artículo 71 de la Ley de Procedimiento; b) que el Registrador Mercantil debe emitir una resolución sobre la procedencia o no del nombramiento solicitado, resolución que es recurrible en el plazo previsto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil y no en los previstos para las resoluciones negativas. En el caso que nos ocupa y a la vista de las alegaciones presentadas por el señor Berral, no resulta documento auténtico alguno que acredite la suspensión o cierre de la tramitación del expediente que implique una alteración en el desarrollo natural de los plazos que regulan el la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo y el Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Córdoba don Francisco Manuel Galán Ortega de fecha 5 de mayo 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Córdoba.

Resolución de 6 de septiembre de 2016 (7.ª)

En el expediente 118 /2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Metales Industriales de Puente Genil, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Córdoba, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Metales Industriales de Puente Genil, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Con fecha 1 de abril el registrador remitió al solicitante oficio por el que conforme al artículo 71 de la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común debe aportar la mencionada solicitud con firma legitimada notarialmente por exigirlo así los artículos 6, 7 y 351 de Reglamento del Registro Mercantil y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1993. Dicho oficio fue entregado el día 4 de abril.

III

Con fecha 14 de abril se recibió escrito del señor …..,en el que solicitaba la prórroga por un plazo de diez días, lo que se concedió el día 18 de abril. Posteriormente, el registrador Francisco Manuel Galán Ortega con fecha 5 de mayo dictó resolución en la que denegó la solicitud de nombramiento de auditor la cual fue notificada al interesado el día 9 de mayo. Transcurrida esta fecha, el día 23 de mayo tiene entrada en el Registro Mercantil de Córdoba instancia por triplicado con firma legitimada y suscrita por el señor …..,en la que solicita el nombramiento del auditor, como consecuencia de ello el registrador de Córdoba con fecha 30 de mayo, la cual es recibida por el interesado el 2 de junio el registrador comunica nuevamente su resolución de fecha 5 de mayo en la que desestima la solicitud.

IV

Don ….. interpuso recurso contra la resolución de Francisco Manuel Galán Ortega con fecha 14 de junio que tuvo su entrada en el Registro el 20 de junio, en el que afirma que durante la concesión de la prórroga se procedió al cierre del expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

Como ha afirmado esta Dirección en múltiples ocasiones *(vid.* resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), el expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el apartado 2.º del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital aparece desarrollado en título III del Reglamento del Registro Mercantil destinado a regular «otras funciones del Registro», funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta aparece presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador de forma unilateral y objetiva, ajena a la idea de contienda u oposición de intereses entre partes, en los expedientes sobre nombramiento de auditores a que se refiere el tan repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adop-

tado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

Consecuencia de lo anterior es que ante la solicitud de designación de auditor a instancia de la minoría el procedimiento a seguir es el contemplado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y en lo en ellos no dispuesto por las normas generales del procedimiento de conformidad con la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común.

De lo anterior se sigue que: a) la solicitud debe reunir los requisitos establecidos en el Reglamento del Registro Mercantil y si resultase defectuosa el registrador debe proceder en la forma prevista en el artículo 71 de la Ley de Procedimiento; b) que el Registrador Mercantil debe emitir una resolución sobre la procedencia o no del nombramiento solicitado, resolución que es recurrible en el plazo previsto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil y no en los previstos para las resoluciones negativas. En el caso que nos ocupa y a la vista de las alegaciones presentadas por el señor Berral, no resulta documento auténtico alguno que acredite la suspensión o cierre de la tramitación del expediente que implique una alteración en el desarrollo natural de los plazos que regulan el la ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo y el Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Córdoba don Francisco Manuel Galán Ortega de fecha 5 de mayo 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Córdoba.

Resolución de 6 de septiembre de 2016 (8.ª)

En el expediente 119/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tallers I Serveis Igualada, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 23 de marzo 2016, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el 29 de marzo 2016, 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 «Tallers i Serveis, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.ª La sociedad es una empresa de pequeñas dimensiones en las que los socios tienen a su disposición y fácil acceso a todas las dependencias de la misma así como al contable asesor externo quien resuelve las dudas de los socios. Tiene igualmente el derecho de información que señala el artículo 93LSC el cual no ha ejercitado nunca. 2.ª No expresa la causa de la solicitud 3.º La auditoría generaría para la sociedad unos costes excesivos.

III

La registradora mercantil de Barcelona, doña Mercedes Barco Vara dictó resolución en fecha 10 mayo 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 9 junio 2016, que tuvo entrada el 14 de junio de 2016 en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

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 cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el presente caso, consta en el expediente que la notificación de la resolución de 10 mayo 2016 de la registradora mercantil de Barcelona, se recibió el día 24 mayo 2016, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil Barcelona el día 14 junio 2016, es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 10 junio del mismo año.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó en dicha fecha el estado de firmeza *(vide* arts. 48 y 115.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común), no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona, doña Mercedes Barco Vara por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del 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, 6 de septiembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 6 de septiembre de 2016 (9.ª)

En el expediente 120/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Igualdina Inmobiliaria Sanrovi, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó escrito de fecha 23 de marzo 2016, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el 29 de marzo 2016, 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 «Igualdina Inmobiliaria Sanrovi, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.ª La sociedad es una empresa de pequeñas dimensiones en las que los socios son hermanos quienes tienen a su disposición y fácil acceso a todas las dependencias de la misma así como al contable asesor externo quien resuelve las dudas de los socios. Tiene igualmente el derecho de información que señala el artículo 93 LSC el cual no ha ejercitado nunca, lo que genera dudas acerca de la causa para solicitar la auditoría ya que no se ha interesado en examinar la documentación contable. 2.º La auditoría supone para la empresa u coste no previsto, fuera del presupuesto que no puede afrontar en el momento actual sino es por un aumento de capital.

III

EL registrador Mercantil de Barcelona, don Guillermo Herrero Moro dictó resolución en fecha 10 mayo 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 2 mayo 2016, que tuvo entrada el 14 de junio de 2016 en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

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 cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el presente caso, consta en el expediente que la notificación de la resolución de 10 mayo 2016 del Registrador Mercantil de Barcelona, se recibió el día 24 mayo 2016, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil Barcelona el día 14 junio 2016, es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 10 junio del mismo año.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó en dicha fecha el estado de firmeza *(vid.* arts. 48 y 115.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común), no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Barcelona Guillermo Herrero Moro por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del 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, 6 de septiembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 8 de septiembre de 2016

En el expediente 110/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Aguapey, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 1 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 15 de marzo de 2016, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Aguapey, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

El día 16 de marzo de 2016 el Registrador Mercantil de Madrid dictó diligencia de mejor proveer dirigida a la solicitante, en la que ponía en su conocimiento que para continuar con la tramitación del expediente era requisito previo, dado que no resulta del registro, aportar los documentos acreditativos de su legitimación, para lo cual le concedió el plazo de diez días, teniéndole por desistido de su petición si así no lo hiciera.

III

Doña ….. por escrito de fecha 31 de marzo de 2016, que tuvo su entrada en el registro mercantil de Madrid el día 5 de abril de 2016, manifestó que su legitimación proviene de la propia escritura de constitución de la sociedad, en la que don ….. suscribió sus participaciones para la sociedad de gananciales que formaba con la solicitante. Se acompaña: 1.º Copia de escritura pública de constitución de sociedad de responsabilidad limitada «Aguapey S.L.», autorizada por el notario de Boadilla del Monte, don Gonzalo Sauca Polanco, el día 20 de abril de 2005, número 1816 de su protocolo.

IV

Mediante diligencia de mejor proveer, de fecha 8 de abril de 2016, el Registrador Mercantil de Madrid hizo constar lo siguiente: «De la documentación aportada acreditativa de la titularidad de las participaciones alegadas, la solicitante resulta ser cotitular de las doce participaciones que corresponden a la sociedad de gananciales. Conforme a la Doctrina de la dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 8 de septiembre de 2015) ambos cónyuges deberían constar como copropietarios, por tanto, deberá acreditar su designación formalmente para el ejercicio de los derechos de socio o, en su defecto, deberá presentarse solicitud firmada por los dos copropietarios. Conforme al artículo 71 de

la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, deberá aportar la documentación requerida en el plazo de 10 días, teniéndole por desistido de su petición si así no lo hiciera».

V

El Registrador Mercantil de Madrid, don Francisco Javier Sáenz Villar dictó resolución en fecha 9 de mayo de 2016 por la que, no habiéndose aportado la documentación requerida en el plazo señalado al efecto, acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas correspondientes al ejercicio 2015 de la sociedad «Aguapey, S.L.» formulada por doña …..

VI

Doña ….., por escrito presentado en la Oficina de Correos el día 30 de mayo de 2016, que tuvo entrada el 1 de junio de 2016 en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en base a los siguientes argumentos: 1.º Como tiene declarado en muchas resoluciones la Dirección General, para la acreditación de la legitimación del socio minoritario es suficiente un principio de prueba, pues entiende que el 351.2 del Reglamento del registro Mercantil no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio para que acredite documentalmente su condición. En el caso que nos ocupa, las participaciones son gananciales, como ha acreditado la firmante del escrito, lo que ya de por sí implica un principio de prueba que no ha sido tenido en cuenta por el Registrador Mercantil a la hora de desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. 2.º La propia Dirección General tiene declarado en diversas resoluciones que en los casos de adquisición de participaciones sociales para la sociedad de gananciales existe cotitularidad de ambos cónyuges sobre las mismas, y por tanto, ambos pueden realizar actos de administración y gestión sobre ellas, pero no disposición. 3.º No estamos ante una copropiedad ordinaria de participaciones sociales regulada en el artículo 106 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital, y reconocida como tal copropiedad en el artículo 392 y siguientes del Código Civil sino que en el presente caso se trata de participaciones pertenecientes a una sociedad de gananciales con sus características peculiares conforme a los artículos 1344 y siguientes del Código Civil; y por tanto no son aplicables automáticamente las normas previstas para los copropietarios de participaciones a las participaciones pertenecientes a una sociedad de gananciales. 4.º Denegar el derecho a la verificación contable al miembro de la sociedad de gananciales que no figura en el libro de socios, es dejar al arbitrio de la sociedad el ejercicio de un derecho de socio, que como ya hemos visto antes corresponde a los dos miembros de la sociedad de gananciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 71, 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto

Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede ser estimada la primera de las alegaciones vertidas por la recurrente como fundamento de su pretensión puesto que, si bien es cierto que este Centro Directivo ha mantenido que es suficiente la aportación de un principio de prueba, no lo es menos que el registrador debe calificar si, a la vista de dicha prueba y de lo que pudiera resultar del registro, la solicitante ostenta, o no, la legitimación que alegó.

2. En cuanto a la segunda y tercera causa de recurso la cuestión se centra en determinar si el cónyuge no titular de las participaciones gananciales está, o no, legitimado para solicitar la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. Para dar respuesta a estas cuestiones es importante llevar a cabo un pronunciamiento sobre el impacto que tiene el régimen de gananciales sobre las participaciones que ostenta un socio con dicho carácter.

Esta Dirección General ha reiterado *(vide* Resoluciones de 16 de mayo de 2012 y 4 de noviembre de 2013 por todas), que en el supuesto de participaciones sociales adquiridas por un cónyuge constante matrimonio 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 uno solo de los cónyuges sin perjuicio de la previsión del artículo 1384 del Código Civil. Como quiera que el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se ubica 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 cónyuges están legitimados indistintamente para obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

4. Sin embargo, la doctrina anterior no puede ser mantenida pues no es conforme con la propia de los órganos jurisdiccionales a la que esta Administración debe acomodarse. Dichos órganos han ido conformando una doctrina basada en la distinción entre los efectos que el carácter ganancial de las acciones o participaciones tiene entre los cónyuges con el carácter personal de la relación entre la sociedad y el socio titular de modo que aquellos no pueden interferir en el funcionamiento de esta. Ciertamente, el carácter ganancial o no de acciones o participaciones es una cuestión ajena a la condición de socio que en nuestro ordenamiento mercantil se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición. Como afirma el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital: «Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos». En el mismo sentido, entre otros, los artículos 93, 99.1, 102, 104,

122, 126, 179, 183, 184, 188, 291, 292, 346, 353, 393 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

Afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de julio de 1998 que: «… por ser cónyuge del socio, no se adquiere dicha condición, sino que tan solo se tiene posibilidad de ello por medio de un acto de transmisión». Y continúa: «Tampoco se trata de copropiedad de participaciones, pues en ese caso ambos cónyuges debían constar como copropietarios de las participaciones sociales y la designación formal a uno de ellos para el ejercicio de los derechos de socio (art. 35 LSRL), circunstancias que no se especifican en el presente caso donde solo aparece uno de los cónyuges como socio fundador y único propietario de las participaciones sociales suscritas. El hecho de que el titular de las participaciones sociales se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones: a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales».

Con mayor despliegue argumentativo afirma lo siguiente la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 18 de julio de 2000: «debe distinguirse, en las sociedades de capital, entre la titularidad de las participaciones y el derecho de asistencia a las Juntas. La seguridad jurídica en este tipo de sociedades, y la obligación legal de llevanza de un libro registro de socios, implica que el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta derive de la inscripción en el libro registro (art. 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (art. 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pero no le otorga derechos políticos frente a la sociedad salvo representación del titular (art. 49 de la Ley especial). Pero es que, aunque no fuera así y se considerara la existencia de una cotitularidad compartida sobre las participaciones, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley especial, para supuestos de cotitularidad o copropiedad de participaciones, esto es, los cónyuges copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, designación que debería notificarse a la sociedad previamente a la Junta e inscribirse en el libro registro de socios, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley especial ya citados».

Y con toda contundencia la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia de 19 de octubre de 2004: «los títulos valores tienen dos facetas, una patrimonial y otra societaria, la primera comprendería la relación interna, esto es, la titularidad real, que en este caso es la sociedad ganancial, y la segunda afecta a su vertiente externa, la actuación frente a terceros, en que necesariamente ha de intervenir una sola persona física o jurídica...». Y termina:«Además, la solución es coherente con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que expresamente ordena que en los supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones, los cotitulares habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Esta tesis viene confirmada por la Dirección General de Registros y del Notariado, en resolución de 25 de mayo de 1987, citada por la propia recurrente, en la que se señala que «en tanto que bien ganancial, la participación social estará sujeta al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la cogestión, es indudable la aplicación del inciso primero del artículo 1.384 del Código civil, en cuanto proclama la validez de los actos de administración realizados unilateralmente por el cónyuge a cuya nombre figuren. Por tanto, si la renuncia a la suscripción preferente de acciones se considera un acto de disposición, como sostiene la actora, o si se califica de acto de administración, como viene a defender la apelada al equipararlo con el no ejercicio de un derecho, la realidad es que el mismo no necesitaba el consentimiento de la cotitular patrimonial porque expresamente lo autoriza el artículo 1.384, con independencia de que sea a título gratuito u oneroso, sin necesidad de entrar en mayores disquisiciones».

5. De la anterior doctrina jurisdiccional pueden deducirse las siguientes conclusiones:

a) La condición de socio va unida a la titularidad de acciones o participaciones.

b) El ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio corresponde al titular de acciones o participaciones a salvo los supuestos de representación.

c) El carácter ganancial de las acciones o participaciones de un socio no altera este esquema de cosas sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales entre cónyuges y del ejercicio de las acciones que pudieran corresponder en supuestos de fraude o daño (arts. 1390 y 1391 del Código Civil).

d) En caso de cotitularidad de acciones o participaciones sociales, los cotitulares deben designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital *(vide* sentencia 727/2012 de 8 noviembre de la Audiencia Provincial de Murcia en cuanto a los límites del mandato). Cuando las participaciones o acciones pertenecen a ambos cónyuges con carácter ganancial se aplica la misma regla *(vide* sentencia 286/2013 de 11 diciembre de la Audiencia Provincial de Toledo).

6. De todo lo anterior resulta que las citadas razones de recurso no pueden ser admitidas.

7. Del mismo modo, es preciso rechazar el cuarto motivo de recurso según el cual «denegar el derecho a la verificación contable al miembro de la sociedad de gananciales que no figura en el libro de socios, es dejar al arbitrio de la sociedad el ejercicio de un derecho de socio, que como ya hemos visto antes corresponde a los dos miembros de la sociedad de gananciales», debido a que ello no ha sido la causa por la que el registrador ha acordado desestimar la solicitud de la peticionaria. Esta Dirección General ha reiterado que la falta de constancia del solicitante de la auditoría en el libro registro de socios no es causa para enervar el derecho del peticionario pues tal y como se ha puesto de manifiesto por este Centro Directivo (Resoluciones de fechas 30 y 31 de mayo y 26 de junio de 2007 y 4 y 8 de noviembre de 2013 entre otras muchas), la condición de socio no solo puede ser acreditada mediante una certificación expedida por el órgano de administración social ni mediante la inscripción en el libro registro de acciones, ya que, de ser así, se dejaría al arbitrio de una de las partes de este procedimiento el ejercicio de un derecho que la ley le atribuye a la otra, el socio minoritario.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid, don Francisco Javier Sáenz Villar, de fecha 9 de mayo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 septiembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 9 de septiembre de 2016

En el expediente 60/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Carburantes y Servicios Pedrón, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., menor de edad, representada por don ….. como titular de la patria potestad, presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Santiago de Compostela, en el que tuvo su entrada el día 1 de abril, 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 «Carburantes y Servicios Pedrón, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

Mediante escrito de 5 de abril del mismo año, don ….., Registrador Mercantil de Santiago de Compostela, le notifica a la mercantil la solicitud del citado socio de nombramiento de un auditor de cuentas correspondiente al ejercicio 2015, previéndoles del derecho de oposición que les asiste.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del mencionado socio mediante escrito presentado en el mencionado Registro Mercantil el 14 de abril de 2016. En el mismo indica que «existe un auditor nombrado para tal menester con fecha 31 de enero de 2016 (se adjunta copia del contrato), quien está trabajando en el asunto al objeto de presentar su informe en la próxima junta».

III

El Registrador Mercantil de Santiago de Compostela, don Antonio Gelabert González dictó resolución con fecha 22 de abril de 2016 por la que acordó desestimar la oposición formulada por la sociedad y considerar conveniente la designación de un auditor de cuentas.

IV

Don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 22 de abril, mediante escrito fechado el día 29, en base al siguiente argumento: «que existe auditor nombrado para tal menester con fecha 31 de enero de 2016, quien está trabajando en el asunto al objeto de presentar su informe en la próxima junta en la que se tratarán, entre otros, sobre la aprobación de la gestión social, las cuentas del ejercicio 2015 y la aplicación de su resultado».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo a dicha doctrina (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), 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 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, 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.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimán-

dose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

2. En el expediente que da lugar a la presente la fehaciencia de la fecha del documento por el que se pretende acreditar la existencia de un nombramiento voluntario anterior es evidente, puesto se aporta contrato suscrito con don …..., auditor de cuentas, fechado el 31 de enero de 2016.

Aún así conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vid.* Resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario, que de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

3. No ocurre lo mismo con el requisito relativo al aseguramiento del interés protegible. En el supuesto de este expediente aún admitiendo que la sociedad ha justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud del socio, no ha acreditado en modo alguno que se haya adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado.

Efectivamente, no puede pretenderse que el informe de verificación esté completado en fecha cercana a la del cierre de ejercicio. Al respecto es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación por lo que su contabilidad no tiene porqué revestir una especial complejidad *(vide* arts. 254, 257, 258 y 261 en relación al art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital); b) que la sociedad no ha solicitado la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, inscripción que se puede verificar sin

necesidad de elevar a público el acuerdo del órgano de administración (arts. 154 y 192 en relación al 141 del Reglamento del Registro Mercantil); c) que de conformidad con el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital el plazo ordinario para la elaboración del informe de verificación es el de un mes desde que se haya puesto a disposición del auditor la documentación oportuna; d) que al tiempo de interponer el recurso han transcurrido casi cinco meses desde el cierre del ejercicio social indicando la propio administrador que no se ha concluido informe alguno que de respuesta al derecho a la verificación contable del socio; e) que de lo anterior resulta que ha transcurrido un plazo razonable para la emisión del informe de verificación y sin embargo la sociedad no lo ha aportado al expediente ni ha justificado en modo alguno que lo ha puesto a disposición del socio minoritario *(vid.* art. 8 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).

Es también cierto que la inscripción de auditor voluntario no es obligatoria en principio pero no lo es menos que, de acuerdo a la constante doctrina de esta Dirección que ha sido por extenso recogida en las consideraciones anteriores, y a falta de entrega o puesta a disposición del informe de auditoría la sociedad está obligada a garantizar que el interés protegible que el socio minoritario ejerce mediante la solicitud prevista en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital está salvaguardado mediante la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento realizado, inscripción que evitará el depósito de las cuentas anuales del periodo a que se refiera el nombramiento si a las mismas no se acompaña el oportuno ejemplar del informe de verificación (art. 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital). En el presente expediente consta la falta de inscripción del citado nombramiento.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Santiago de Compostela, don Antonio Gelabert González de fecha 22 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 septiembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Santiago de Compostela.

Resolución de 12 de septiembre de 2016

En el expediente 125/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gema Díez, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Granada, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Gema Díez, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

Acompaña a su solicitud copia de la escritura de constitución de la mercantil para acreditar la titularidad de las mencionadas participaciones sociales junto con el testamento del padre de la solicitante, escritura de compraventa de participaciones sociales y denuncias presentadas ante la Guardia Civil de Zafarraya (Granada).

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que no se acredita la legitimación de la solicitante que tan solo es titular de 50 participaciones sociales, lo que supone un 3,333 % del capital social, ya que si bien de la escritura de constitución resulta que cada uno de sus padres es titular de 500 participaciones sociales con carácter ganancial y ella es designada heredera en el título sucesorio, sin que «hasta la fecha se haya llevado a cabo documento particional alguno, ni público ni privado, para aceptar y adjudicar los bienes relictos, incluidos las participaciones».

La Registradora Mercantil de Granada mediante diligencia para mejor proveer de fecha 28 de abril de 2016 solicita de la mercantil que aporte en el plazo de 10 días el libro de registro de socios acreditativo de la titularidad de las participaciones; y a la solicitante, doña ….. para que acredite en el mismo plazo la aceptación de la herencia del padre fallecido y la adjudicación de los bienes relictos.

La mercantil contesta aportando la documentación solicitada mediante escrito de 13 de mayo de 2016, sin recibirse contestación a la mencionada diligencia por parte de la solicitante doña …..

III

La Registradora Mercantil de Granada, doña Concepción Rodríguez Gil, dictó resolución con fecha 7 de junio de 2016 por la que acordó admitir la oposición sin proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….. por escrito de fecha 28 de junio de 2016, que tuvo entrada el día 29 en el Registro Mercantil de Granada, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución indicando que el hecho de no estar aceptada la herencia no puede implicar que no sea titular de las participaciones que correspondían a su fallecido padre, ya que «la aceptación de la herencia no depende solo de mi persona, sino de mis otros 5 hermanos». Continúa indicando «que no se ha tenido en cuenta incluso que he tenido que denunciar en diversas ocasiones a alguno de mis hermanos por los hechos cometidos en relación con la empresa, lo que deja entrever la voluntad de los mismos de impedirme el acceso a la herencia y a mis derechos».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), 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 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.

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117

de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. En el presente expediente la solicitante alega ser titular de unas participaciones sociales que no llegan a equivaler al 5% del capital social, si bien resulta ser designada heredera de otro socio fallecido, sin constar que haya aceptado tal condición de heredero ni se hayan, por tanto, practicado las oportunas operaciones particionales. Aún en caso de haber aceptado tal condición de heredero la comunidad, que en el presente caso sería la partícipe de la sociedad limitada, sería una comunidad hereditaria formada por los coherederos del primitivo partícipe, en que no se ha practicado la partición. Dicha comunidad implica que cada sucesor, miembro de la misma, tiene derecho al conjunto que integra el contenido de la herencia, pero no sobre los bienes hereditarios concretos; es decir, en el presente caso, cada coheredero no es titular de participaciones sino titular junto con los demás coherederos, del patrimonio del que forma parte el conjunto de participaciones; así, el partícipe no es el coheredero, sino la comunidad, que no da lugar a una copropiedad de cada una de las cosas, sino que éstas forman parte de la misma, en la que sus miembros tienen derechos indeterminados y cuya naturaleza es de comunidad germánica.

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

En el presente expediente la solicitante no solo no aporta dicho principio de prueba de la referida legitimación, sino que en el propio escrito de recurso reconoce la no aceptación de tal condición de heredera con lo que resulta jurídicamente imposible que la titularidad de tales participaciones sociales integrantes del haber hereditario hayan podido ingresar en su patrimonio en forma alguna, ni como titularidad exclusiva mediante un acto particional ni como una comunidad hereditaria que revestiría un carácter de comunidad germánica, en cuyo caso debería designarse un representante al amparo de lo previsto en el artículo 126 LSC.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Granada, doña Concepción Rodríguez Gil de fecha 7 de junio de 2016.

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

Madrid, 12 de septiembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Granada.

Resolución de 23 de septiembre de 2016 (1.ª)

En el expediente 130/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bodegas Renuncio, S. L., en liquidación».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Burgos, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Bodegas Renuncio, S.L. en liquidación», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

La mercantil es notificada de tal solicitud mediante resolución de 1 de abril de 2016 de don Ramón Vicente Modesto Caballero, Registrador Mercantil de Burgos.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que no se acredita la legitimación de la solicitante ya que «no tiene acreditada ante esta sociedad la condición de socio ni ha testimoniado el título de adquisición». Además, sostiene que «esta sociedad está liquidada y extinguida real y formalmente, ya que ha transcurrido el plazo para la impugnación

del acuerdo de aprobación del balance final y la satisfacción de las cuotas de liquidación, sin que se haya formulado impugnaciones».

El Registrador Mercantil de Burgos da traslado al solicitante a efectos de formular las alegaciones que considere oportunas, presentando escrito de fecha 27 de abril de 2016. En el mismo indica que el solicitante junto a sus hermanos y su madre «son herederos y por tanto accionistas actuales de «Bodegas Renuncia, S.L.» de su difunto padre…..quien fue el titular accionista en citada mercantil, reuniendo individualmente y conjuntamente el porcentaje mínimo de participación exigido por la Ley» (se acompaña modelo 661 de impuesto de sucesiones y donaciones). Sostiene además que «las obligaciones previstas en la Ley de Sociedades para las sociedades mercantiles no difieren por estar en disolución/liquidación, sin perjuicio de aquellas obligaciones propias de ese estado». Acompaña al expediente certificado de nacimiento de los cuatro hijos, fotocopia de los estatutos de la sociedad, fotocopia del testamento de don …..y acta de la Junta General de Accionistas en que se reconoce al causante como titular del 20% de las acciones de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero dictó resolución en fecha 9 de mayo de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., como liquidadora de la mercantil «Bodegas Renuncio S. L. en liquidación», por escrito de fecha 30 de mayo de 2016, que tuvo entrada el día 31 en el Registro Mercantil de Burgos, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución indicando que el hecho de que no consta a la misma la titularidad de las correspondientes participaciones del solicitante. Además sostiene que «la junta general de socios reunida con carácter universal en fecha 27 de febrero de 2015 ha aprobado la liquidación de la sociedad, facultando a la que suscribe la ejecución de os cuerdos tomados en la citada Junta de Socios».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (Resoluciones

de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), 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 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.

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. En el presente expediente la solicitante no acredita ser titular de unas participaciones sociales que equivalgan al 5% del capital social, si bien resulta ser designado heredero, junto con sus hermanos y su madre, de otro socio fallecido, sin constar que haya aceptado tal condición de heredero ni se hayan, por tanto, practicado las oportunas operaciones particionales. Tan solo aporta copia del modelo fiscal 661 sin mayor concreción ni inventario. Aún en caso de haber aceptado tal condición de heredero, la comunidad, que en el presente caso sería la partícipe de la sociedad limitada, sería una comunidad hereditaria formada por los coherederos del primitivo partícipe, en que no se ha practicado la partición. Dicha comunidad implica que cada sucesor, miembro de la misma, tiene derecho al conjunto que integra el contenido de la herencia, pero no sobre los bienes hereditarios concretos; es decir, en el presente caso, cada coheredero no es titular de participaciones sino titular junto con los demás coherederos, del patrimonio del que forma parte el conjunto de participaciones; así, el partícipe no es el coheredero, sino la comunidad. Comunidad que no da lugar a una copropiedad de cada una de las cosas, sino que éstas forman parte de la misma de la que sus miembros tienen derechos indeterminados y cuya naturaleza es de comunidad germánica.

3. Por tanto, 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

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

En el presente expediente la solicitante no solo no aporta dicho principio de prueba de la referida legitimación, sino que de los documentos aportados se desprende tan solo su llamamiento como heredero, sin constar tal aceptación ni realización de operaciones particionales con lo que resulta jurídicamente imposible que la titularidad de tales participaciones sociales integrantes del haber hereditario hayan podido ingresar en su patrimonio en forma alguna, ni como titularidad exclusiva mediante un acto particional ni como una comunidad hereditaria que revestiría un carácter de comunidad germánica, en cuyo caso debiera designarse un representante al amparo de lo previsto en el artículo 126 LSC.

4. En siguiente lugar se discute si procede denegar el nombramiento de auditor por el hecho de encontrarse la sociedad en estado de liquidación. En este sentido cabe afirmar, de conformidad con la reiterada doctrina de esta Dirección General, que el derecho previsto en el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital puede ejercitarse aunque la sociedad se encuentre en tal fase. Así, la obligación de auditoría de cuentas en fase de liquidación subsiste hasta que se produce la inscripción registral del acuerdo de extinción, debido a la naturaleza reversible de la sociedad en liquidación, inscripción que no se ha realizado en el presente expediente.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero de fecha 9 de mayo de 2016.

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

Madrid, 23 de septiembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Burgos.

Resolución de 23 de septiembre de 2016 (2.ª)

En el expediente 131/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «La Pirámide del Ártico, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 3 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 22 de febrero, 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 «Pirámide del Ártico, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Notificada la solicitud a la sociedad por correo certificado con fechas 26 febrero y 17 de marzo 2016 ambas devueltas por el servicio de correos se procedió a realizar el trámite de notificación a través de una publicación en el Boletín Oficial del Estado el día 12 de mayo 2016, en la que se notifica a la sociedad la solicitud de nombramiento de auditor así como los plazos legales establecidos para formular oposición, sin que resulte acreditado la formulación de oposición.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don Jesús González y Salinas, dictó resolución de fecha 7 de junio de 2016 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado, notificándose a la sociedad por correo electrónico con fecha 29 de junio 2016.

IV

Don ….., por escrito de fecha 5 de julio de 2016, que tuvo su entrada el 6 de julio en el Registro Auxiliar de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando la vulneración de derechos conforme a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, por falta de notificación previa así como los del Reglamento del Registro mercantil artículos 354 y ss.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de

julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

Tiene declarado esta Dirección General 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. El artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común establece lo siguiente: «5. Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el «Boletín Oficial del Estado», de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cual sea la Administración de la que se proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó.

En ambos casos la notificación fue practicada en el domicilio social y en ambos casos consta el acuse de recibo en fecha determinada y que el mismo no fue recibido por la sociedad pese a haber sido intentado.

Examinados los hechos y la ley, no se aprecia el defecto formal a que se refiere el recurrente, puesto que intentada y frustrada la notificación personal, esta fue realizada a través del BOE como medio legalmente previsto para dar a conocer a los interesados la existencia de aquellos procedimientos en los que por naturaleza del objeto les convierten en partes, cumpliendo así los preceptos constitucionales y la efectiva garantía de ejercicio de su derechos a una tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución Española. Esta doctrina es plenamente congruente con la muy asentada en la materia por nuestro Tribunal Constitucional que en su reciente sentencia de 28 de enero de 2013 recuerda que:» Esto determina que la supuesta lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión [art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836)] y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que denuncian los recurrentes resulte ser un reproche meramente formal y retórico, carente, por lo tanto, de acuerdo con una reiterada doctrina de este Tribunal, de la imprescindible relevancia constitucional, ya que es igualmente doctrina reiterada y conocida de este Tribunal la que señala que –de producirse– no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca inevitablemente un perjuicio material en los derechos de defensa que corresponden a las partes en el proceso [por todas, recientemente STC 42/2011, de 11 de abril (RTC 2011, 42), F. 2]. Como subraya por su parte la STC 85/2003, de 8 de mayo, F. 11, lo relevante a estos efectos es determinar si –en este caso– esa supuesta irregularidad procesal causó un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa…, privando o limitando su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses».

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid Jesús González y Salinas, dictó resolución en fecha 7 de junio 2016.

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

Madrid, 23 de septiembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 23 de septiembre de 2016 (3.ª)

En el expediente 132/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Aldaja, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 30 del mismo mes, 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 «Aldaja, S.A.», el nombramiento de auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 5 de abril en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 13 de mayo, presentado el día 18 del mismo mes alegando que las cuentas no han sido formuladas ni aprobadas por cuanto el peticionario, don …., «administrador solidario de la sociedad no lo ha hecho».

III

El Registrador Mercantil de Madrid Número IV, Alfonso Ventoso Escribano dictó resolución en fecha 24 de mayo de 2016 por la que procedió al nombramiento del auditor solicitado, no habiendo lugar a la oposición formulada por la sociedad, dando traslado de tal resolución correo certificado con acuse de recibo, advirtiendo de que contra la misma procedía recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. El día 6 de julio se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de alzada suscrito por don ….., administrador solidario de la sociedad, en el que formula oposición a la solicitud del socio minoritario.

IV

En dicho escrito don ….., administrador solidario de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 24 de mayo, en base a los siguientes argumentos: en primer lugar indica que «dichas cuentas no pueden ser revisadas por un auditor por cuanto no han sido ni formuladas, ni aprobadas por cuanto el peticionario, Sr……, administrador solidario de la sociedad, no lo ha hecho» Entiende el recurrente que «en este caso no nos encontramos ante una situación en la que un tercer socio solicita auditoría, nos encontramos ante un administrador que se niega a formular las cuentas y que posteriormente solicita un auditoría de las mismas con la única intención de hacer daño a la propia sociedad». En segundo lugar, expone el recurrente que el solicitante «no es un accionista minoritario sino todo lo contrario y además es miembro del órgano de administración, carece por completo de la justificación y de la legitimación para la solicitud efectuada». Por último indica que como la solicitud «se basa en la intención de presionar en una negociación, entendemos que se trata de una actuación de mala fe».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo muy reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo a dicha doctrina (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), 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 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. La norma no establece ningún límite máximo de titularidad de participaciones sociales, ausencia que conlleva que no pueda estimarse el argumento del recurrente de que el solicitante carece de legitimación al no poder ser considerado socio minorista al ser titular del 42,34% de las acciones de la sociedad.

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.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

2. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad plantea la posible inexistencia de una justa causa que ampare la solicitud, ya que se trata de

un administrador solidario de la mercantil y por tanto «aquel cuya diligencia está faltando es quien la solicita».

En este sentido, por lo que se refiere a la ausencia de una causa legítima o causa justa que ampare la solicitud del instante, la inexpresión de dicha causa de solicitud o la ausencia de una justificación no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro 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. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. 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, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada *(vid.* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta del solicitante debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que el socio ejercite debidamente el derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Consecuentemente, y por disposición expresa de la Ley, si concurren los requisitos legalmente establecidos prevalece el derecho del socio minoritario aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. Finalmente, y también en relación a las observaciones ya señaladas, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución

Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Consecuentemente, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil por remisión del artículo 359.2 del mismo cuerpo legal, la sociedad solo puede enervar la solicitud de nombramiento de auditor si acredita la falta de legitimación del instante o que no procede el nombramiento. Cualquier otra cuestión debe ser planteada, como queda por extenso debidamente fundamentado, en el procedimiento judicial que corresponda.

4. Por último, indica la sociedad que tal nombramiento no tiene otra «finalidad que presionar en una negociación», entendiendo «que se trata de una actuación de mala fe». Tal extremo no puede tampoco ser acogido por este Centro Directivo puesto que, como resulta de la doctrina reiterada, la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (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 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid Número 4, don Alfonso Ventoso Escribano de fecha 24 de mayo de 2016.

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

Madrid, 23 de septiembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 23 de septiembre de 2016 (4.ª)

En el expediente 133/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Encargos Presupuestos Encuestas e Inversiones S.L.».

HECHOS

I

Don ….., letrado, en nombre y representación de don ….., presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 31 del mismo mes, 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 «Encargos Presupuestos Encuestas e Inversiones S.L.», el nombramiento de auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

Mediante escrito de 5 de abril de 2016, don Adolfo García Ferreiro, Registrador Mercantil de Madrid, solicita al presentante que acompañe copia autorizada o testimonio notarial de la escritura de poder que hace uso el representante del socio solicitante; solicitud que es debidamente atendida mediante escrito de 20 de abril al presentar testimonio notarial de la misma.

Mediante escrito de 21 de abril del mismo año, don Adolfo García Ferreiro, Registrador Mercantil de Madrid, notifica a la mercantil la solicitud del citado socio de nombramiento de un auditor de cuentas correspondiente al ejercicio 2015, previéndoles del derecho de oposición que les asiste.

II

La sociedad no formula oposición, por lo que mediante resolución de 18 de mayo de 2016, don Adolfo García Ferreiro, Registrador Mercantil XII de Madrid designa a la entidad «Audit-Lex Administradores Concursales y Peritod, S.L.P» auditor de cuentas de la mencionada sociedad para el ejercicio 2015 con cargo a la mercantil. Dicho nombramiento es aceptado por la mencionada entidad mediante escrito de 20 de mayo de mismo año.

III

Mediante escrito de 7 de junio, don ….., administrador único de la sociedad «Encargos, Propuestas, Encuestas e Inversiones, S.L.», presentado el día 10 en el Registro Mercantil de Madrid, acepta la realización de la auditoría pero solicita que «al haberse realizado tal solicitud a instancia de un socio minorista y no de la compañía, deberá estarse a lo establecido en el artículo 40 del Código de Comercio, y deberá ser el Registrador Mercantil quien exija del solicitante los fondos necesarios para su retribución». Dicha solicitud es contestada por escrito de 13 de junio disponiendo el Registrador Mercantil que «no es competencia de este Registrador requerir al socio solicitante lo solicitado por usted, al encontrarse la actuación registral limitada a lo contemplado en la Ley y el Reglamento del Registro Mercantil».

IV

Don ….., administrador único de la sociedad «Encargos, propuestas, encuestas e inversiones S.L.», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 18 de mayo, mediante escrito fechado el día 5 de julio, en base al anterior argumento, reiterando que debe aplicarse lo previsto en el artículo 40 del Código de Comercio y por tanto requerirse por parte del Registrador Mercantil el abono correspondiente al socio solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo muy reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo a dicha doctrina (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), 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 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, 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.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en

las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

2. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Por tanto, resultando acreditada tanto la titularidad del socio solicitante de participaciones que representen al menos el 5% del capital social y la falta de auditoría previa de la cuentas correspondientes al ejercicio social, debe procederse por parte del Registrador Mercantil al nombramiento de un auditor de cuentas que refuerce 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.

3. En el presente expediente quedan acreditados tales extremos, como reconoce la propia mercantil, siendo procedente el nombramiento realizado que, conforme la dicción literal e inequívoca del artículo 265.2 LSC serán de cargo de la propia sociedad. Por tanto, debe concluirse que cualquier otra circunstancia que exceda de las anteriormente expuestas sobrepasa los límites del presente expediente y de la correspondiente actuación registral, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid, don Adolfo García Ferreiro de fecha 18 de mayo de 2016.

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

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

Madrid, 23 de septiembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 30 de septiembre de 2016 (1.ª)

En el expediente 102/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rioja Vid Tecnología, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en representación como administrador único de «Procviñate, S.L.», presentó escrito el 12 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de La Rioja, 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 «Rioja Vid Tecnología, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

El 25 de enero de 2016 se dio traslado a la sociedad de copia del escrito del socio minoritario, mediante correo certificado con acuse de recibo del que consta la imposibilidad de recepción (apareciendo marcada la casilla «desconocido») el 26 de enero de 2016. En consecuencia, don ….., en representación de «Procviñate, S.L.», puso en conocimiento del Registro Mercantil de La Rioja, mediante escrito presentado el 11 de febrero de 2016, el domicilio del administrador de la sociedad, practicándose al mismo la notificación mediante correo certificado con acuse de recibo, del que consta su recepción el 16 de febrero de 2016.

III

El 22 de febrero de 2016 se presentó en la oficina de correos escrito de oposición por parte de la sociedad afectada, manifestando que la entidad solicitante ha recibido en todo momento información puntual de todos los extremos que ha requerido a la sociedad y que ya se encuentra presentada en el Juzgado de lo Mercantil una solicitud de concurso de acreedores de la sociedad afectada.

IV

La registradora mercantil de La Rioja, doña ….., dictó resolución de fecha 22 de marzo de 2016 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ….., actuando en nombre y representación, como administrador único, de «Rioja Vid Tecnología, S. L.», por escrito de fecha 6 de abril de 2016, que tuvo entrada el 11 de abril de 2016 en el Registro Mercantil de La Rioja, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando las mismas razones expuestas en el escrito de oposición al nombramiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En cuanto a la alegación de que la entidad solicitante ha recibido en todo momento información de la situación de la sociedad, esta Dirección General 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 de 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% del capital social y que presenten su solicitud dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio a auditar (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 28 de enero y 4 y 5 de marzo de 2013).

2. Sobre la relación entre la auditoría de las cuentas anuales que ya se encuentre presentada la solicitud de concurso, el artículo 46 de la Ley Concursal establece: «En caso de intervención, subsistirá la obligación legal de los administradores de formular y de someter a auditoría las cuentas anuales, bajo la supervisión de los administradores concursales». A la vista de este artículo resulta que, a pesar de la posibilidad de que la solicitud de concurso

de la sociedad sea aceptada, se mantiene la obligación de los administradores de someter a auditoría las cuentas anuales. Además, no se produce ningún perjuicio económico para la sociedad por el hecho de que se solicite al amparo del artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento Hipotecario, ya que esta obligación de auditoría debía cumplirse de todas formas, manteniendo así subsistente este derecho de los socios, no obstante el concurso.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez-Bernal, de fecha 22 de marzo de 2016.

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

Madrid, 30 de septiembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de La Rioja.

Resolución de 30 de septiembre de 2016 (2.ª)

En el expediente 116/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Lubesado, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó escrito el 1 de abril de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Córdoba, 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 «Lubesado, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Para mejor proveer, con fecha 5 de abril de 2016 se remitió oficio al solicitante, mediante carta certificada con acuse de recibo, requiriéndole para que la instancia fuese presentada por triplicado y se legitimase la firma de don ….., figurando en el expediente que la entrega se efectuó el 7 de abril de 2016.

III

Con fecha 19 de abril de 2016, tuvieron entrada tres copias de dicha solicitud, con firma legitimada notarialmente, siendo el sello de la oficina de correos de 18 de abril de 2016.

IV

Trasladada la solicitud de nombramiento de auditor a la sociedad «Lubesado, S.L.», el 20 de abril de 2016, dándose por notificada el 25 de abril, no habiéndose interpuesto recurso en el plazo reglamentario se procedió con fecha 12 de mayo de 2016 al nombramiento de auditor.

V

Con fecha 13 de mayo de 2016 tuvo entrada en el Registro un escrito suscrito por doña ….. y don ….. como administradores mancomunados de «Lubesado, S. L.» (con el sello de la oficina de correos el 10 de mayo de 2016) en el que se oponen al nombramiento de auditor, alegando, en esencia: defectos en la solicitud, improcedencia de la solicitud por extralimitación del derecho de información y ausencia de buena fe.

VI

El artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la oposición al nombramiento de auditor debe formularse en el plazo de 5 días a contar desde la fecha de la notificación, comenzando el cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la solicitud de conformidad con las reglas generales.

En el caso presente, consta que la notificación a la sociedad tuvo lugar el 25 de abril de 2016, mientras que el escrito de oposición fue depositado en la oficina de Correos el 10 de mayo de 2016, es decir, una vez vencido el plazo de cinco días para su interposición (3 de mayo de 2016).

No obstante, la oposición a la solicitud es una facultad o derecho de la sociedad, y no una carga y, por consiguiente, el Registrador debe resolver el fondo de la cuestión, y ello aunque la sociedad no se oponga o se oponga fuera de plazo.

VII

El Registrador Mercantil de Córdoba, don Francisco Manuel Galán Ortega, dictó Resolución el 17 de mayo de 2016 en la que acordó desestimar la oposición de la sociedad y continuar con el nombramiento del auditor.

VIII

El 10 de junio de 2016 se presenta en la oficina de correos recurso contra la Resolución en la que se decide continuar con el nombramiento del auditor alegando: falsedad de la firma del solicitante, duda de la titularidad de las participaciones, mala fe y extralimitación de derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En cuanto a la falsedad de la firma, en el recurso se manifiesta que existe diferencia entre la firma del escrito inicial y aquella que fue legitimada por el notario, por lo que puede resultar una falsedad de la misma. Este no es el órgano encargado de dirimir esa cuestión, debiendo hacerse en juicio donde se disponen de los medios de prueba necesarios para ello.

2. En cuanto a la duda en orden a la titularidad de las participaciones, la misma radica en que éstas se encuentran embargadas en el proceso de ejecución de títulos judiciales 731/2012 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Lucena. Mientras dicho procedimiento no concluya con la adjudicación de dichas participaciones a otra persona, ya sea física o jurídica, las mismas siguen perteneciendo al solicitante, no existiendo por tanto duda alguna respecto a su titularidad. Si ya se hubiese producido su adjudicación a otra persona, esta nueva titularidad estaría anotada en el libro registro de socios (art. 104 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

3. Respecto a la mala fe y extralimitación del derecho de información, hay que tener en cuenta que, con independencia de toda la información que se haya suministrado al solicitante (como se indica en el recurso), este derecho de auditoría es independiente del derecho a la información. 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 de 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%

del capital social y que presenten su solicitud dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio a auditar (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 28 de enero y 4 y 5 de marzo de 2013).

4. En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Córdoba, don Francisco Manuel Galán Ortega, de fecha 17 de mayo de 2016.

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

Madrid, 30 de septiembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Córdoba.

Resolución de 17 de octubre de 2016 (1.ª)

En el expediente 62/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Jardín Park, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 10 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Jardín Park, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sección 28, Sentencia 195/ 2013 de 17 junio que recoge la doctrina del Tribunal Supremo de fecha 9 de marzo 2007 relativa a los requisitos necesarios para la procedencia o no del nombramiento de auditor solicitada por quien ostente un mínimo del 5% del capital. 2.º Que con fecha 4 de marzo de 2016 se procedió en Junta General al nombramiento de auditor por un plazo de tres años.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, don Francisco J. Salvador Campderá dictó resolución de fecha 31 marzo 2016, rectificada por otra de 13 de abril de 2016, corrigiendo el año del ejercicio a auditar como el 2015 no el 2012 como por error se consignó, y por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 29 de abril de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo que con fecha 10 de abril el auditor aceptó su cargo y fue presentada el 11 de marzo de 2016 asiento 944 del Diario 314. Añade igualmente que con fecha 22 de abril de 2016 fue formulado el informe de auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. De forma reiterada (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), 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 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, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad con-

forme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

2. En el supuesto que da lugar a la presente se solicita por parte de la sociedad, con posterioridad a la presentación de la instancia, la inscripción del nombramiento de auditor en virtud de un acuerdo adoptado con anterioridad y se acompaña al expediente un ejemplar de la auditoría realizada.

Resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Procede en consecuencia la estimación del recurso.

Es cierto que la solicitud de inscripción de la auditoría ha sido posterior a la presentación de la instancia como resulta del escrito de oposición y del escrito de recurso, pero si tenemos en cuenta: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento anterior al del auditor nombrado por la sociedad; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho del solicitante, circunstancia que en cualquier caso debe ser objeto de pretensión ante los Tribunales de Justicia; c) que resulta innecesario y económicamente injustificable el nombramiento de un auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el realizado por un profesional cuyo ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad; d) que cualquier desviación de la anterior conducta debe ser puesta en conocimiento de la administración competente por el interesado para que adopte las medidas previstas en el ordenamiento; e) que como ha puesto de relieve esta Dirección General *(vid.* Resolución de 11 de marzo de 2014), la objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 11 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en

que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría. Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; f) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. Si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Alicante III Francisco J. Salvador Campderá.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 17 de octubre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 17 de octubre de 2016 (2.ª)

En el expediente 137/2016 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Soluciones Netquest de Investigación, S.L.».

I

Por escrito de fecha 22 de julio de 2016, con entrada en este Ministerio el día 28 del mismo mes y año, la registradora mercantil de Barcelona, doña ….., de conformidad con lo establecido en el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil, remite a esta Dirección General escrito de don ….., en nombre y representación de la compañía «Soluciones Netquest de Investigación, S.L.», en su calidad de Consejero Delegado de la misma, en el que se solicita el nombramiento de la sociedad de auditoría «RSM Gasso Auditores, S.L.P.»

–actualmente denominada «RSM Spain Auditores, S. L. P.»–, que motivó la apertura del expediente de designación de auditor número A 5747/16, en relación con las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2015 de la referida mercantil.

II

Según se desprende de su escrito, el solicitante, don ….., en representación de la compañía «Soluciones Netquest de Investigación, S.L.», considera que concurren circunstancias especiales para que el Registrador Mercantil inste a su vez a esta Dirección General, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, la designación como auditor de cuentas de la sociedad beneficiaria para 2015 a quien se halla designado para elaborar y auditar las cuentas anuales consolidadas de los ejercicios 2012 a 2015, ambos incluidos, no porque estuviera obligada, si no por exigencias de las entidades financieras del grupo a que pertenece la sociedad. En los mencionados ejercicios la sociedad no estaba obligada a presentar cuentas consolidadas por cumplir con la excepción del artículo 43.1 del Código de Comercio. Las cuentas anuales consolidadas de dichos ejercicios fueron auditadas por la firma de auditoría RSM Gassó Auditores, S.L.P. («RSM»), con N. I. F. B-65795015 y R. O. A. C. S-2158, con domicilio social en Carrer de Teodor Roviralta 9-11, 08022 Barcelona, e inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona al Tomo 43627, Folio 70, Hoja 422055. El nombramiento como auditores voluntarios no fue objeto de inscripción en el Registro.

Añade que, dado que la sociedad preveía la posibilidad de que, una vez finalizado el ejercicio 2015, se constatara finalmente la obligatoriedad de auditar sus cuentas anuales individuales para dicho ejercicio, encargó también a la citada RSM la auditoría de sus cuentas anuales individuales relativas al ejercicio social cerrado a 31 de diciembre de 2015; y que hasta marzo de 2016 la Sociedad no constató la obligatoriedad de auditar sus cuentas anuales individuales del ejercicio social cerrado a 31 de diciembre de 2015, por lo que no procedió a realizar el preceptivo nombramiento dentro del ejercicio 2015.

Finalmente, concluye en su escrito de solicitud señalando que el nombramiento de un auditor de cuentas distinto de RSM por el Registro Mercantil (de conformidad con el art. 355 del RRM) causaría un grave perjuicio a la sociedad, habida cuenta de que el trabajo de auditoría, y consiguiente informe, ya ha sido realizado por la firma de auditoría anteriormente reseñada, por lo que la sociedad se vería obligada a realizar un nuevo desembolso económico –adicional al ya realizado– si el Registro Mercantil procediera al nombramiento de un auditor de cuentas distinto de RSM.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, artículos 263, 264 y 265 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 355 y 356 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

1. El artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil regula la designación excepcional de auditor para la verificación contable de las cuentas de

una sociedad soslayando el procedimiento ordinario regulado en el artículo 350 y siguientes del mismo reglamento. Dicho precepto confiere a esta Dirección General la facultad discrecional de valorar si las circunstancias alegadas en cada caso revisten o no el carácter de especiales justificando la postergación del procedimiento ordinario.

El artículo 356 se refiere en un primer momento y de forma genérica a la concurrencia de circunstancias especiales sin mayor determinación de lo que deba entenderse al respecto. La inteligencia del precepto sobre lo que son «circunstancias especiales» no es por tanto lo clara que hubiera sido deseable a fin de proporcionar un criterio sobre qué supuestos deben caer bajo su regulación. Sin embargo, esta aparente falta de claridad viene sobradamente compensada por el propio artículo si tenemos en cuenta:

a) Que considera supuesto de excepción el hecho de que la sociedad haya depositado cuentas del ejercicio anterior en las que la cuenta de pérdidas y ganancias no haya sido abreviada. El artículo 258 de la Ley de Sociedades de Capital determina a contrario que las sociedades están obligadas a formular cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada si reúnen al menos dos de las circunstancias siguientes: «a) Que el total de las partidas de activo supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a doscientos cincuenta».

b) Que a continuación considera supuesto de excepción que la sociedad estuviera obligada a formular cuentas e informe de gestión consolidados lo que ocurrirá, de acuerdo con los artículos 42 y 43 del Código de Comercio cuando: la sociedad matriz o dominante deba presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada en los términos vistos o cuando la matriz o una de las filiales haya emitido valores admitidos a un mercado secundario oficial o cuando la sociedad matriz forme parte a su vez de un grupo mayor y se den determinadas circunstancias.

c) Que a continuación el número 2 del propio artículo 356 señala que los auditores que pueden designarse deben superar determinada capacidad en función del número de profesionales a su servicio y del volumen de horas facturadas.

De lo anterior cabe concluir que el Reglamento del Registro Mercantil solo considera que procede nombramiento de auditor fuera del procedimiento ordinario cuando el volumen y el movimiento económico de la sociedad son reveladores de un tamaño que justifica que las labores de auditoría sean llevados a cabo por una firma de auditoría que tenga capacidad suficiente para hacerse frente de semejante labor. De aquí se sigue que las otras «circunstancias especiales» a que se refiere el primer inciso del artículo 356.1 deben comprender aquellas otras que por derivar del volumen económico de la sociedad justifiquen el nombramiento de un auditor igualmente especial aun

cuando no se ajusten exactamente a las previsiones de las letras a y b anteriormente señaladas.

2. Del escrito de solicitud resultan las circunstancias siguientes por las que se solicita la aplicación del procedimiento excepcional de nombramiento:

1.º Que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad de los ejercicios 2012 a 2015, ambos incluidos, tuvo lugar no porque estuviera obligada, si no por exigencias de las entidades financieras del grupo a que pertenece la sociedad.

2.º En los mencionados ejercicios la sociedad no estaba obligada a presentar cuentas consolidadas por cumplir con la excepción del artículo 43.1 del Código de Comercio. Las cuentas anuales consolidadas de dichos ejercicios fueron auditadas por la firma de auditoría RSM Gassó Auditores, S.L.P. («RSM»).

3.º Que la sociedad en cuestión preveía la posibilidad de que, una vez finalizado el ejercicio 2015, se constatara finalmente la obligatoriedad de auditar sus cuentas anuales individuales para dicho ejercicio, y encargó también a la citada RSM la auditoría de sus cuentas anuales individuales relativas al ejercicio social cerrado a 31 de diciembre de 2015, si bien, hasta marzo de 2016 la sociedad no constató la obligatoriedad de auditar sus cuentas anuales individuales del ejercicio social cerrado a 31 de diciembre de 2015, por lo que no procedió a realizar el preceptivo nombramiento dentro del ejercicio 2015.

4.º Circunstancias económicas, dado que el nombramiento de un auditor de cuentas distinto de RSM por el Registro Mercantil de conformidad con el artículo 355 del RRM causaría un grave perjuicio a la sociedad, habida cuenta de que el trabajo de auditoría, y consiguiente informe, ya ha sido realizado por la firma de auditoría anteriormente reseñada, por lo que la sociedad se vería obligada a realizar un nuevo desembolso económico –adicional al ya realizado– si el Registro Mercantil procediera al nombramiento de un auditor de cuentas distinto de RSM.

3. Por su parte, el Registro Mercantil de Barcelona, de donde procede la solicitud, no ha formulado alegación en contrario alguna.

4. A la luz de las consideraciones anteriores y de los hechos expuestos resulta que del escrito de solicitud resultan circunstancias especiales que justifica la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor por cuanto:

a) Concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo.

b) La sociedad a que se refiere la solicitud cuenta con que el trabajo de auditoría, y consiguiente informe, ya ha sido realizado por la firma de auditoría anteriormente reseñada, por lo que también motivos económicos favorecen esta solución.

c) La elaboración y auditoría de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad peticionaria de los ejercicios 2012 a 2015, han sido verificadas por exigencias de las entidades financieras del grupo a que pertenece la sociedad,

lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante.

Finalmente, procede igualmente que esta Dirección acepte que sea auditor determinado el que lleve a cabo las actuaciones de verificación. Es cierto que el sistema excepcional contemplado en el artículo 356 no exime de que el nombramiento se haga en función de la disponibilidad de auditores y de modo aleatorio o sucesivo, pero dadas las facultades discrecionales que se reconocen a esta Dirección General, la complejidad de la situación y la relación de hechos expuesta, procede la estimación de la solicitud también en este punto.

En su virtud, esta Dirección General resuelve:

1.º Procede la aplicación del procedimiento excepcional previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil para la designación de auditor de cuentas de la sociedad «Soluciones Netquest de Investigación, S.L.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Designar a la firma de auditoría «RSM Gasso Auditores, S.L.P.» –actualmente denominada «RSM Spain Auditores, S. L. P.»– para que lleve a cabo las labores de auditoría.

3.º Devolver el expediente al Registro Mercantil de Barcelona a fin de que proceda al nombramiento de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar la solicitud formulada ante esta Dirección General y que se resuelva en los términos anteriores.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 17 de octubre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 18 de octubre de 2016 (1.ª)

En el expediente 85 /2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Administración de Fincas Burgos, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 18 febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Burgos en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Administración de Fincas Burgos, S.L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando:

1. Que el 28 de diciembre de 2015 la sociedad celebró Junta General Extraordinaria y no Ordinaria.
2. Que en ningún orden del día se recogía la aprobación de las cuentas de 2015.
3. A la señora….. le ha sido entregado un informe sobre la auditoría del balance.
4. En la Junta de 28 de diciembre 2015 se entregó a los representantes de dicha señora una copia de la auditoría.
5. En las Juntas anteriores se designó un auditor de cuentas miembro del ROAC, auditoría que ha llevado a cabo hasta junio y se le encargará la de junio a diciembre de 2015, poniendo a disposición de los socios su informe cuando sea convocada la Junta General Ordinaria que deba decidir sobre la aprobación o no de las cuentas de 2015.
6. La señora…… no ha solicitado al administrador el libro de socios en ningún momento.

III

El Registrador Mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero dictó resolución de fecha 31 marzo 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha de entrada 20 de abril de 2016, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo que desde el día 29 de marzo de 2016 la Señora…..no es socia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2,

272, 296 y 290 y 315 de la Ley de Sociedades Capital, 6, 165, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, 18 y 19.2 del Código de Comercio y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 y 19 de octubre de 1999, 3 de diciembre de 1999, 7 de octubre de 2013.

1. En primer lugar, de forma reiterada (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), 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 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, 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 que nos ocupa, no resulta acreditado si el nombramiento del auditor se ha producido por el órgano de administración o la Junta General pero desde luego, lo que no resulta acreditado es que dicho nombramiento haya accedido al Registro. En segundo lugar, no puede entenderse plenamente cumplido el segundo de los requisitos dado que la auditoría solo se refiere al primer semestre de 2015 quedando todavía pendiente la auditoría del periodo comprendido entre junio y diciembre de 2015.

2. En cuanto a si la solicitante tiene legitimación para solicitar el nombramiento de auditor, dado que según las alegaciones del recurrente doña ….. no ostenta el 5% del capital a la fecha de la solicitud por haberse producido un acuerdo de aumento de capital, la cuestión es determinar si el aumento de capital, no inscrito, acordado con anterioridad a la solicitud del nombramiento de auditor, puede ser tenido en cuenta a los efectos del cómputo de capital del socio peticionario.

El artículo 296 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que los aumentos de capital habrán de acordarse con los requisitos establecidos para la modifica-

ción de los estatutos sociales. Se deriva del artículo 290 del mismo cuerpo legal, que dichos acuerdos se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. Resulta así que, siendo la inscripción precisa en los acuerdos de aumento de capital, y no habiéndose producido ésta, como es el caso, no cabe sino declarar que, para el Registro, Sara Vegas Puente sigue siendo titular de más del 5% del capital social, y en consecuencia, procedía el nombramiento de auditor solicitado. Por ello, esta alegación del recurrente debe resolverse de conformidad con lo decidido por el Registrador, sin que la circunstancia de haberse acordado un aumento de capital en Junta General pueda desvirtuarlo, ya que, para que surta efectos dicho acuerdo frente a terceros, es preciso elevarlo a escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero de fecha 31 marzo 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 18 de octubre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Burgos.

Resolución de 18 de octubre de 2016 (2.ª)

En el expediente 126/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Sufuen, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., actuando en representación de «Tiche Consulting Inmobiliario S.L.», en su calidad de administrador único, y doña ….., en su propio nombre, presentaron escrito de fecha 29 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Las Palmas, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el

que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Sufuen, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

Con el referido escrito se acompañan: 1.º) Certificación emitida por el Registrador Mercantil de Las Palmas el 23 de junio de 2015. 2.º) Copia de la póliza de contrato de compraventa de valores mobiliarios autorizada por don …..el 29 de diciembre de 1989. 3.º) Copia de póliza de contrato de compraventa de valores mobiliarios autorizada por el mismo Corredor de Comercio de Las Palmas el 15 de junio de 1990. 4.º) Copia de escritura de elevación a público de acuerdos sociales autorizada el 28 de junio de 2013 por el notario del Ilustre Colegio Notarial de Las Palmas don Javier Viñuela Sandoval, actuando como sustituto de su compañero don Guillermo Croissier Naranjo, número 801 de protocolo. 5.º) Copia de escritura de formalización de acuerdos sociales autorizada por el notario de Las Palmas de Gran Canaria don Juan Alfonso Cabello Cascajo el día 7 de marzo de 2002, número 1110 de su protocolo.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas se pretende justificar en el hecho de que la junta general no ha procedido a nombrar auditor antes de la finalización del ejercicio 2015, y ello sobre la base de que el Registro, según resulta de la inscripción 19.ª, canceló, entre otros asientos, la inscripción 18.ª, que se corresponde con el acuerdo adoptado por la junta general de prorrogar el nombramiento por plazo de tres años, para los ejercicios 2014, 2015 y 2016, de la entidad auditora «Mundiaudit, S.L.». 2.º) Que los socios que han solicitado nombramiento de auditor, procedieron a incoar expediente de solicitud de convocatoria de junta general extraordinaria de la sociedad «Sufuen, S.A.», que se turnó ante el Juzgado de los Mercantil Número 2 de Las Palmas, tramitándose el procedimiento con el núm. 375/2015. El fundamento de dicha solicitud es idéntico al utilizado también en este caso para apoyar la solicitud del nombramiento de auditor. El argumento es el mismo: «que no existen administradores puesto que los últimos designados lo fueron mediante un acuerdo de nombramiento nulo toda vez que el Registrador Mercantil ha procedido a dar cumplimiento a la Sentencia de 22 de junio de 2014. Como consecuencia de ello se han cancelado las inscripciones pertinentes como consecuencia de la nulidad de los acuerdos adoptados». La solicitud de convocatoria judicial promovida, como la solicitud de nombramiento de auditor, trae causa en la inscripción 19.ª, que ordenaba la cancelación, no solo de los asientos correspondientes a los acuerdos declarados nulos, sino, además, también de los asientos posteriores. Entre ellos la inscripción 15.ª (acuerdo de prorrogar el nombramiento de los administradores) y la inscripción 14.ª (acuerdo de prorrogar el nombramiento de auditor para los ejercicios 2014, 2015 y 2016). 3.º) Que los administradores de «Sufuen, S. A» se opusieron a la solicitud de convocatoria judicial mediante escrito que, en síntesis, alega que «la realidad no es solo que la sentencia de la audiencia Provincial, jamás, en ningún caso, ha declarado la nulidad de éste último acuerdo por el que se vuelve a elegir administradores a don …..., y don ….. (...). 4.º) El Juzgado de lo Mercantil, mediante auto de 25 de noviembre de 2015 acordó estimar la oposición formulada por «Sufuen, S.A.». El juzgador fundamenta dicha resolución en que en principio parece que exista alguna disfunción entre lo resuelto por la Audiencia Provincial con respecto a la junta citada y los asientos registrales practicados en cumplimiento de la misma, siendo por ello que la celebración de la junta podría vulnerar el contenido de una sentencia firme ya dictada en la alzada en fecha 22 de julio de 2014. 5.ª) «Sufuen, S.A.» ha solicitado al Juzgado de lo Mercantil Número 2 que disponga librar mandamiento al Registro con el fin de que éste acate y cumpla escrupulosa y exactamente

lo dispuesto por la sentencia de la Audiencia Provincial, ciñéndose, en consecuencia, a cancelar aquellos asientos que se hubiesen inscrito por virtud de los acuerdos que habiéndose declarado nulos se identifican en el fallo. El anterior escrito se tuvo por presentado mediante diligencia de ordenación de 15 de octubre de 2015 que declaró en relación al mismo lo siguiente: «Hágase saber que a la parte demandada que si no está conforme con la calificación efectuada por el Registro Mercantil, puede interponer los recursos legalmente establecidos en la Ley Hipotecaria y asimismo que la aplicación del artículo 522 de la LEC viene determinada en la fase de ejecución y no en fase declarativa de este procedimiento». Contra dicha resolución se ha interpuesto recurso de reposición mediante escrito de 27 de octubre de 2015. El recurso de reposición está pendiente de resolución. 6.º) El nombramiento de auditor solicitado constituiría un abierto desacato a una sentencia judicial firme. No se puede desatender y desobedecer lo resuelto por la Audiencia Provincial al socaire de la inscripción 19.ª, puesto que el error padecido no legitima a este Registro para persistir y repetirse en la vulneración de lo dispuesto en la sentencia de 22 de julio de 2014.

Se adjunta: 1.º) Copia de la providencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil Número 2 de las Palmas el 14 de octubre de 2015 y escrito de solicitud de convocatoria presentado por doña ….. y «Tiche Consulting Inmobiliario, S.L.». 2.º) Copia de diligencia de ordenación de 12 de noviembre de 2015. 3.º) Copia del auto de 25 de noviembre de 2015. 4.º) Copia de escrito dirigido al Juzgado de lo Mercantil Número 2 de Las Palmas de 5 de octubre de 2015, que tuvo entrada en el meritado Juzgado al día siguiente. 5.º) Copia de diligencia de ordenación de 15 de octubre de 2015. 6.º) Escrito de 27 de octubre de 2015 mediante el cual se interpuso recurso de reposición contra la diligencia de 15 de octubre de 2015. 7.º) Diligencia de ordenación de 14 de marzo de 2016. 8.º) Testimonio de la sentencia de 22 de julio de 2014 de la audiencia Provincial de Las Palmas. 9.º) Sentencia de 26 de junio de 2013 del Juzgado de lo Mercantil Número 2 de Las Palmas. 10.º) Resumen de la Sentencia de 23 de febrero de 2012. 11.º) Diligencia de ordenación de 25 de enero de 2016.

III

El Registrador Mercantil de Las Palmas dictó diligencia de mejor proveer el día 19 de abril de 2016 en la que requirió a la sociedad cuya auditoría se pretende para que, en el plazo improrrogable de diez días hábiles, acreditase: 1.º) Si se ha procedido a interponer incidente de ejecución alguno respecto de la Sentencia de la Audiencia Provincial de 22 de junio de 2014. 2.º) Si se ha resuelto el recurso de reposición cuya pendencia anuncia la Diligencia de Ordenación de fecha 14 de marzo de 2016.

IV

Don ….., en nombre y representación de la mercantil «Tiche Consulting Inmobiliario, S.L.» adjuntó, mediante escrito de fecha 29 de abril de 2016, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Las Palmas el mismo día, resolución del Juzgado de lo Mercantil Número 2 que en su parte dispositiva desestima el recurso de reposición formulado por la sociedad «Sufuen, S.A.» frente a la diligencia de ordenación de fecha 15 de octubre de 2015.

V

Don ….. y don ….., actuando en nombre y representación de la entidad mercantil «Sufuen S. A», mediante escrito de fecha 5 de mayo de 2016, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Las Palmas el mismo día, expusieron lo siguiente: 1.º) Que el letrado de la

administración de justicia del Juzgado de lo mercantil Número 2 ha resuelto desestimar el recurso de reposición interpuesto contra la diligencia de ordenación de fecha 15 de octubre de 2015. 2.º) Que el decreto resolutorio de la reposición deja de resolver la cuestión de fondo, por lo que «Sufuen, S. A» ha resuelto interponer en su contra recurso de revisión para someter al control del Juez la resolución del incidente de ejecución y cuya cuestión de fondo no ha sido resuelta por el decreto recurrido. 3.º) Que el fundamento que ha motivado la diligencia de mejor proveer acordada por este Registro sigue manteniéndose plenamente vigente, persistiendo su pertinencia con base a su propia justificación, hasta tanto no se resuelva definitivamente por el Tribunal el incidente de ejecución instado en relación a la sentencia dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de fecha 22 de julio de 2014, máxime teniendo en cuenta lo dispuesto por el Tribunal mediante auto de fecha 25 de noviembre de 2015, que como ha indicado este Registro, «expresamente señala la materia que en el fondo se relaciona con la solicitud al Registro de nombramiento de auditor como propia de un incidente de ejecución de tal sentencia». Se acompaña copia del escrito del recurso de revisión presentado ante el Juzgado.

VI

Don ….. y don …..., en nombre y representación, de la entidad mercantil «Sufuen, S.A.», en su calidad de administradores solidarios, por escrito de fecha 10 de mayo de 2016 manifestaron haber interpuesto recurso de revisión contra el decreto resolutorio de la reposición. Asimismo reiteran que el fundamento que ha motivado la diligencia de mejor proveer acordada por el Registro sigue vigente Se acompaña copia del escrito del recurso de revisión presentado ante el juzgado.

VII

El Registrador Mercantil de Las Palmas, don Adolfo Calandria Amigueti, dictó resolución en fecha 16 de mayo de 2016 por la que resolvió acceder al escrito de solicitud formulado por los socios minoritarios «Tiche Consultoring Inmobiliario, S.L.» y doña …..

VIII

Don ….. y don …..., en nombre y representación, en su calidad de administradores solidarios, de la entidad mercantil «Sufuen, S.A.», por escrito de fecha 17 de junio de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Las Palmas, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y subrayando lo siguiente: 1.º) Que el fallo de la sentencia firme y definitiva dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas delimita con meridiana claridad los acuerdos declarados nulos, siendo palmario e indiscutible que no expresa pronunciamiento alguno sobre la concurrencia de una eventual o hipotética incompatibilidad de los acuerdos que se especifican en el fallo en relación a otros asientos registrales inscritos con posterioridad. 2.º) Entre las inscripciones que han sido objeto de cancelación por el Registrador Mercantil, en contradicción con lo dispuesto por la sentencia, se incluye, entre otros, el nombramiento de Auditor de Cuentas para los ejercicios 2011, 2012 y 2013. 3.º) Que si bien en el mandamiento dirigido al Registrador Mercantil solo se contenía la transcripción literal del fallo de la sentencia, al escrito de oposición al nombramiento de auditor se acompañó

testimonio de la sentencia, por lo que el registrador no ha podido desconocer que la sentencia, estimando las pretensiones deducidas en la demanda inicial y rechazando las pretensiones deducidas en la ampliación de la demanda, se pronunció expresamente sobre el alcance de los efectos de la declaración de nulidad de las juntas universales a las que se contrae la demanda inicial. 2.º) La cuestión de fondo que resuelve el auto judicial de 25 de noviembre de 2015 es la misma que subyace en la solicitud de nombramiento de auditor: «la disfunción entre lo resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial y los asientos registrales practicados en cumplimiento de la misma; siendo así que la celebración de la junta cuya convocatoria fue judicialmente solicitada –como igualmente el nombramiento de auditor solicitado– vulnera lo dispuesto en un a sentencia judicial firme y definitiva». 3.º) El nombramiento de auditor solicitado constituiría un abierto desacato a una sentencia firme y definitiva, con autoridad de cosa juzgada. 4.º) La entidad auditora nombrada ha procedido a verificar las cuentas de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 6, 7, 80, 156 y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, 1.3, 3, 29, 40, 66 y 98 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, 353.3 del Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La sociedad cuya auditoría se pretende fundamenta el recurso en diversas razones, todas ellas relacionadas entre sí, y que exigen un planteamiento conjunto. Estas causas se pueden resumir en las siguientes: 1.º) Que el fundamento de la solicitud es que la junta general no ha nombrado auditor voluntario sobre la base de la cancelación en virtud de resolución judicial de la inscripción de donde resultaba el nombramiento voluntario de auditor para la verificación de las cuentas del ejercicio 2015, practicada por la inscripción 19.ª y que, según la recurrente, no habría de haberse extendido al citado asiento; 2.º) Que el fundamento de la solicitud, que es el mismo que la petición que formularon los mismos socios de convocatoria judicial de junta general extraordinaria, es que no existen administradores ya que los últimos designados lo fueron mediante acuerdo nulo y que derivó en la cancelación de las inscripciones pertinentes: 3.º) Que la sentencia de la Audiencia Provincial no ha declarado la nulidad del acuerdo por el que se eligieron a los administradores; 4.º) Que entienden que hay una disfunción entre el contenido de la citada sentencia y los asientos del Registro; 5.º) Que se solicitó al Juzgado que dictase mandamiento para que el Registro Mercantil acatase la sentencia; 6.º) Que el nombramiento

de auditor constituiría un desacato a una sentencia judicial firme; 7.º) Que la entidad auditora «Mundiaudit, S.L.» ha procedido a verificar las cuentas del ejercicio 2015 y que, si bien no se ha incorporado el informe de auditoría al expediente, el registrador no les requirió para que lo aportasen.

Debido a la extensión de los hechos y alegaciones, así como a la abundante documentación presentada, es conveniente determinar con claridad cual es la cuestión principal a dilucidar en el presente expediente. Esta no es otra que determinar si, no constando en el Registro el nombramiento voluntario de auditor para la verificación de las cuentas del ejercicio 2015, en el caso concreto como consecuencia de haber sido cancelada la inscripción correspondiente en virtud de resolución judicial –sin que exista litispendencia judicial al respecto–, debe ser estimada la solicitud de nombramiento de auditor a instancia de dos socios que reúnen acciones que representan más del 5% del capital social y que han formulado la petición dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social, no obstante la apreciación de la sociedad recurrente de que existe una disfunción entre la resolución judicial en virtud de la cual se practicó la mencionada cancelación y los asientos registrales.

Con carácter previo la resolución de esta cuestión, es conveniente precisar que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital permite a los socios que reúnan acciones equivalentes al 5% del capital social, solicitar el nombramiento de auditor siempre que no hubieren transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre del ejercicio social. Tiene por finalidad reforzar la posición dentro de la estructura empresarial.

Como excepción a esta regla, este Centro Directivo ha reconocido el hecho de que, dado 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 de los socios minoritarios a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia de los socios minoritarios solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente (Resoluciones de la dirección General de los Registros y del Notariado de 1 y 23 de julio de 2013, 2 de septiembre de 2013, entre otras).

Pues bien, no obstante la controversia sobre el alcance y efectos de lo dispuesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 28 de junio de 2014, lo cierto es que la sociedad recurrente ni ha justificado el cum-

plimiento de los requisitos mencionados para que su oposición pueda frustrar la solicitud de los socios minoritarios, ni ello resulta de los asientos del registro. Asimismo, es preciso destacar que la cancelación practicada está bajo la salvaguarda de los tribunales y que el contenido de una inscripción cancelada no puede ser tenido en cuenta por este Centro Directivo para resolver. Tal y como se destaca en la resolución recurrida si lo que se pretende es que se declare la nulidad de la cancelación practicada el recurso gubernativo es el cauce legalmente arbitrado (a salvo la posibilidad de acudir a los tribunales para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos).

Del mismo no existe litispendencia judicial sobre materia de la que depende el fondo del presente expediente por lo que tampoco pueden ser consideradas las alegaciones expuestas como justificación para suspender el curso de este expediente.

En consecuencia, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Las Palmas, don Adolfo Calandria Amigueti, de fecha 16 de mayo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 18 de octubre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Las Palmas.

Resolución de 18 de octubre de 2016 (3.ª)

En el expediente 127/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Marissud Europe, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 29 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el 31 de marzo de 2016, en el que solicitó, al

amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Marissud Europe, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015. Se acompaña: 1.º) Copia de escritura de constitución de sociedad autorizada por el Notario de Pontevedra don Luis Darrieux de Ben, el día 21 de febrero de 2014, número 318 de su protocolo.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Falta de legitimación. En la documentación aportada para acreditar la titularidad de sus participaciones actuó por medio de mandatario verbal, sin que conste la ratificación. El negocio no es perfecto mientras no tenga lugar la ratificación del mismo. 2.º) Falta de los requisitos legales de la petición. La solicitud se presentó el 31 de marzo de 2016, cuando el plazo finalizaba a las 00:00 horas del 30 de marzo de 2016. 3.º) No se expresa la causa de la solicitud. 4.º) Carencia de *affectio societatis* y abuso de derecho. La presente solicitud no puede entenderse desvinculada del litigo de naturaleza laboral que enfrenta a la solicitante con la sociedad, ni de las relaciones de la solicitante con empresas de la competencia directa. Se adjunta copia del acta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraxe e conciliación de Pontevedra).

III

Mediante diligencia de mejor proveer de fecha 19 de abril de 2016 el Registrador Mercantil de Pontevedra requirió a la persona que suscribió el escrito de oposición para que, en el plazo improrrogable de diez días hábiles, acreditase la representación del firmante del escrito de oposición para actuar en nombre de la sociedad o bien presente escrito ratificatorio del citado documento firmado por persona o personas debidamente facultadas para representar a la sociedad mercantil «Marissud Europe, S.L.».

IV

El 6 de mayo de 2016 don ….., persona debidamente facultada para representar a la sociedad, ratificó el escrito de oposición.

V

El Registrador Mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot dictó resolución en fecha 9 de mayo de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

VI

Mediante escrito de fecha 22 de junio de 2016 doña ….. efectuó las siguientes alegaciones: 1.º) Niega todas las alegaciones contenidas en el escrito de oposición. 2.º) Se le ha

negado todo tipo de información. Se adjunta acta de notificación autorizada por el Notario de Pontevedra don Francisco León Gómez el día 17 de junio de 2016, número 1114 de su protocolo.

VII

Don ….., por escrito de fecha 31 de mayo de 2016, que tuvo su entrada el 3 de junio de 2016 en el Registro Mercantil de Pontevedra, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

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 cómputo 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 9 de mayo de 2016 del Registrador Mercantil de Pontevedra se recibió el 11 de mayo de 2016, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó el 3 de junio de 2016, es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 30 de mayo de 2016.

En consecuencia, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot, de fecha 9 de mayo de 2016.

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

artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 18 de octubre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Pontevedra.

Resolución de 18 de octubre de 2016 (4.ª)

En el expediente 134/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rectificados Motorlan 00, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 27 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Navarra, en el que tuvo su entrada el 7 de marzo 2016, 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 «Rectificados Motorlan 00, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Con fecha 15 de abril de 2016, una vez transcurrido el plazo de oposición que legalmente se concede a la sociedad, el registrador resolvió nombrar auditor para la verificación de cuentas solicitada. Tras dos nombramientos fallidos, el 10 de mayo se procedió a nombrar como auditor a don ….. quien aceptó el cargo el 19 de mayo resultando su inscripción el 20 de mayo. Recibida la notificación el 25 del mismo mes por todos los interesados se presentó en el registro escrito suscrito por ….. y doña ….. en representación de la mercantil en la que mostraban su oposición al nombramiento por conflicto de intereses. Con fecha de 6 de junio se recibió escrito en el Registro en el que auditor nombrado se oponía a su recusación.

III

El Registrador Mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Marín dictó resolución de fecha 8 de junio por la que acordó inadmitir la oposición y confirmar el nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….. y doña ….., por escrito de fecha 1 de julio de 2016, que tuvo su entrada el 4 de julio en el Registro Mercantil de Navarra, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

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 cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el presente caso, consta en el expediente que la notificación de la resolución del Registrador Mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Martín, se recibió el 14 de junio mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil el día, 4 de julio es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 1 de julio del mismo año.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó en dicha fecha el estado de firmeza *(vide* arts. 48 y 115.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común), no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Marín de fecha 8 de junio 2016.

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

artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 18 de octubre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Navarra.

Resolución de 18 de octubre de 2016 (5.ª)

En el expediente 135/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Zero Set, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 29 de marzo de 2015 dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el 30 de marzo, 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 «Zero Set, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia:

1.º Que con anterioridad a la solicitud de nombramiento de auditor la sociedad ya había nombrado auditor para los ejercicios de 2015, 2016, 2017.

2.ª La realización de una segunda auditoría generaría gastos innecesarios para la sociedad.

Se acompañaban a las alegaciones acta de consignación de decisiones expedida por el mismo, en la que constaba a fecha de 31 de diciembre de 2015 la designación de la entidad «Gutiérrez Bureau D'Auditeaurs, SLP» y escrito de 11 de enero de 2016 suscrito por Iñigo Gutiérrez Allúe quien en nombre y representación de la mercantil aceptaba el nombramiento.

Con fecha 11 de mayo de 2016 la documentación mencionada fue presentada en el Registro Mercantil de Barcelona bajo el asiento 2083 del Diario 1238 e inscrita con fecha 25 de mayo de 2016.

III

La registradora mercantil de Barcelona, doña Dolores Fernández Ibáñez, dictó resolución en fecha 31 de mayo por la que acordó admitir la oposición y no proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 30 de junio de 2016, que tuvo entrada el 5 de julio 2016 en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada contra dicha resolución ante esta Dirección General. En su escrito señala el recurrente la doctrina de esta Dirección General en virtud de la cual, es derecho de todo socio tener a su disposición las cuentas anuales verificadas por un auditor con independencia de quien realice su nombramiento –ya sea el Juez, Registrador u otros órganos sociales–. Señala además el recurrente 1.º que una decisión tan importante como el nombramiento de auditor no puede dejarse a la voluntad del administrador, 2.ª que la solicitud se presentó con anterioridad a la documentación que acreditaba los acuerdos sociales, pues su solicitud es de 29 de marzo mientras que los acuerdos adoptados el 31 de diciembre no se comunicaron al socio hasta que no tuvo lugar la solicitud de nombramiento de auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Como ha reiterado este Centro Directivo el órgano de administración está perfectamente legitimado para designar auditor con el fin de que verifique las cuentas anuales en aquellos supuestos en que la sociedad no esté obligada a la verificación contable (por todas, resoluciones de 16 de abril de 2012, 26 de septiembre de 2014 y 23 de febrero de 2015). De los artículos artículo 263, 264 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital, resulta ineludiblemente que la competencia de la Junta General para proceder al nombramiento de auditor de cuentas, así como los términos para realizar dicho nombramiento y su duración, solo son de obligado cumplimiento en aquellas sociedades que no pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas en forma abreviada y que, por tanto, están obligadas por ley a la verificación contable. Fuera de estos supuestos la sociedad puede, a través de su órgano de administración, contratar los servicios de un auditor de cuentas, si lo considera necesario para la buena marcha de la empresa, pues este acto tiene la naturaleza propia de un

acto de gestión y buena administración cuando se trata de sociedades no sujetas por ley a la obligación de auditar sus cuentas anuales (art. 209 de la Ley de Sociedades de Capital).

2. En el supuesto que da lugar a la presente se solicita por parte de la sociedad, con posterioridad a la presentación de la instancia, la inscripción del nombramiento de auditor en virtud de un acuerdo adoptado con anterioridad. La inscripción se lleva a cabo y el auditor voluntario es inscrito en el Registro Mercantil.

Resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

Es cierto que la solicitud de inscripción de la auditoría ha sido posterior, 11 de mayo 2016, a la presentación de la instancia como resulta del escrito de oposición pero si tenemos en cuenta: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento anterior de el auditor nombrado por la sociedad; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho del solicitante, circunstancia que en cualquier caso debe ser objeto de pretensión ante los Tribunales de Justicia; c) que resulta innecesario y económicamente injustificable el nombramiento de un auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el realizado por un profesional cuyo ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad; d) que cualquier desviación de la anterior conducta debe ser puesta en conocimiento de la administración competente por el interesado para que adopte las medidas previstas en el ordenamiento; e) que como ha puesto de relieve esta Dirección General *(vide* Resoluciones de 11 de marzo y 30 de julio de 2014), la objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 11 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría. Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante

la jurisdicción competente; f) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. Si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona, doña Dolores Fernández Ibáñez, de fecha 31 de mayo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 18 de octubre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 26 de octubre de 2016

En el expediente 141/2016 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Fractalia Remote Systems, S.L.».

HECHOS

I

Por el Registro Mercantil de Madrid N.º III se remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado escrito de don ….., como administrador y Vicepresidente de la mercantil «Fractalia Remote Systems, S.L.», en el que solicita que, en virtud del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 356 del Reglamento del Registro Mercantil, previa solicitud a la Dirección General de los Registros y del Notariado proceda al nombramiento como auditor de cuentas a la entidad «GMP Auditores, S.A.», para que, con cargo a la sociedad efectúe la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2015 de la citada sociedad.

II

En dicha solicitud expone, en esencia:

1.º Que la citada sociedad, está obligada a la verificación de las cuentas anuales por auditor de cuentas tal como se desprende de la calificación registral negativa al depósito de cuentas del ejercicio 2015.

2.º Que finalizado el citado ejercicio a auditar (2015), no ha sido nombrado auditor de cuentas por la Junta.

3.º Que, no obstante lo anterior, las citadas cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 han sido auditadas de forma voluntaria por la entidad «GMP Auditores, S.A.», de nacionalidad española, con domicilio en Rambla de Catalunya 53-55, sobreático B Barcelona, inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona, al Tomo 22.267, folio 0001, Hoja B35628, inscripción primera, y con CIF A59099960, y que el informe de auditoría emitido y suscrito por la misma ha sido presentado a los socios en la Junta Ordinaria celebrada a efectos de aprobación de las citadas cuentas anuales según consta en el Acta correspondiente.

4.º Que, en atención a lo expuesto, y para el caso de ser rechazada por la Dirección General de los Registros y del Notariado la solicitud de nombramiento de la señalada entidad, solicita que en virtud del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y ss. del Reglamento del Registro Mercantil, proceda al nombramiento de auditor de cuentas que por turno corresponda para que, con cargo a la sociedad, efectúe la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2015 de la citada sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Madrid III en su escrito de remisión del expediente a este Centro Directivo, se limita a hace constar la entrada en dicho registro de la solicitud de nombramiento con arreglo al artículo 356 del Reglamento Registro Mercantil y a remitir la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, artículos 263, 264 y 265 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y artículos 355 y 356 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

1. El artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil regula la designación excepcional de auditor para la verificación contable de las cuentas de una sociedad soslayando el procedimiento ordinario regulado en el artículo 350 y siguientes del mismo reglamento. Dicho precepto confiere a esta Dirección General de los Registros y del Notariado la facultad discrecional de valorar si las circunstancias alegadas en cada caso revisten o no el carácter de especiales justificando la postergación del procedimiento ordinario.

El artículo 356 se refiere en un primer momento y de forma genérica a la concurrencia de circunstancias especiales sin mayor determinación de lo que

deba entenderse al respecto. La inteligencia del precepto sobre lo que son «circunstancias especiales» no es por tanto lo clara que hubiera sido deseable a fin de proporcionar un criterio sobre qué supuestos deben caer bajo su regulación. Sin embargo esta aparente falta de claridad viene sobradamente compensada por el propio artículo si tenemos en cuenta:

a) Que considera supuesto de excepción el hecho de que la sociedad haya depositado cuentas del ejercicio anterior en las que la cuenta de pérdidas y ganancias no haya sido abreviada. El artículo 258 de la Ley de Sociedades de Capital determina a contrario que las sociedades están obligadas a formular cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada si reúnen al menos dos de las circunstancias siguientes: «a) Que el total de las partidas de activo supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a doscientos cincuenta».

b) Que a continuación considera supuesto de excepción que la sociedad estuviera obligada a formular cuentas e informe de gestión consolidados lo que ocurrirá, de acuerdo con los artículos 42 y 43 del Código de Comercio cuando: la sociedad matriz o dominante deba presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada en los términos vistos o cuando la matriz o una de las filiales haya emitido valores admitidos a un mercado secundario oficial o cuando la sociedad matriz forme parte a su vez de un grupo mayor y se den determinadas circunstancias.

c) Que a continuación el número 2 del propio artículo 356 señala que los auditores que pueden designarse deben superar determinada capacidad en función del número de profesionales a su servicio y del volumen de horas facturadas.

De lo anterior cabe concluir que el Reglamento del Registro Mercantil solo considera que procede nombramiento de auditor fuera del procedimiento ordinario cuando el volumen y el movimiento económico de la sociedad son reveladores de un tamaño que justifica que las labores de auditoría sean llevados a cabo por una firma de auditoría que tenga capacidad suficiente para hacerse frente de semejante labor. De aquí se sigue que las otras «circunstancias especiales» a que se refiere el primer inciso del artículo 356.1 deben comprender aquellas otras que por derivar del volumen económico de la sociedad justifiquen el nombramiento de un auditor igualmente especial aun cuando no se ajusten exactamente a las previsiones de las letras a y b anteriormente señaladas.

A la luz de las consideraciones anteriores, del escrito de solicitud en cuestión y en los términos que el mismo se expresa, así como del contenido del escrito de remisión del Registro Mercantil de Madrid, no se aprecia circunstancia especial alguna que justifique la inaplicación del procedimiento ordinario de nombra-

miento de auditor, ni por volumen y movimiento económico de la sociedad ni por otras circunstancias especiales según se ha expuesto, por lo que:

En su virtud, esta Dirección General resuelve:

1.º No haber lugar a la aplicación del procedimiento excepcional previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil por cuanto no concurre ninguna causa especial que así lo imponga.

2.º Ordenar al Registrador Mercantil de Madrid III, proceda al nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad «Fractalia Remote Systems, S.L.» por el procedimiento ordinario, previsto y regulado en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar la solicitud formulada ante esta Dirección General y que se resuelva en los términos anteriores.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 26 de octubre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 3 de noviembre de 2016 (1.ª)

En el expediente 81/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «The Hip and the Hunter, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 23 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el 29 de marzo de 2016, 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 «The Hip and the Hunter, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando:

Falta de legitimación de la solicitante, pues la mercantil «Clínica Jacinto Benavente, S.L.» suscribió un número de participaciones en el aumento de capital de la compañía en grave incumplimiento del pacto entre los socios de fecha 19 de agosto de 2013 habiendo sido requerida para que proceda a la transmisión de las mismas a favor de los socios que han ejercitado su derecho a adquirirlas. Además respecto a las demás participaciones adicionales a las anteriores adquiridas en virtud de compraventa formalizada en escritura pública de fecha 27 de enero de 2015 ante notario de Valencia doña ….. declarar, que dicho título de adquisición ha sido impugnado judicialmente por la sociedad acompañándose escrito de presentación de demanda. Es por ello que dicha transmisión no es válida ni podía ser eficaz por incurrir en un claro incumplimiento del pacto de socios en la compañía. En consecuencia, «Clínica Jacinto Benavente, S.L.», no es socio que represente al menos el 5 por ciento de la sociedad «The Hip and the Hunter, S.L.», necesario para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas de conformidad a lo establecido en el Reglamento del Registro Mercantil.

III

El Registrador Mercantil de Valencia don Rodolfo Bada Maño, dictó resolución en fecha 14 de abril de 2016 por la que acordó suspender el nombramiento de auditor, por constar acreditada en fase de alegaciones la existencia de litispendencia en torno a la titularidad del capital social que la solicitante invoca en apoyo a su petición.

IV

D.ª….., en calidad de administradora única de la sociedad «Clínica Jacinto Benavente, S.L.», supuesta socia de la sociedad «The Hip and the Hunter, S.L.», por escrito de fecha 11 de mayo de 2016 que tuvo su entrada el día 13 de mayo de 2016 realiza una serie de alegaciones contra el anterior escrito de oposición de la sociedad:

1. Que los Estatutos de la sociedad no establecen límite ni requisito alguno para la transmisión libre de las participaciones sociales entre socios por actos inter vivos que no figuren expresamente reconocidos en la Ley de Sociedades de Capital.
2. No estima el supuesto debatido como litispendencia sobre la titularidad de las participaciones pues no existiendo proceso alguno en curso no puede predicarse la litispendencia de escrito alguno. Así el proceso que podría encontrarse en tramitación sería un proceso declarativo que concluiría, en el mejor de los casos en una condena futura que deje sin efecto una determinada transmisión de participaciones sociales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 88, 112 y 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públi-

cas; 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

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 el Registrador Mercantil de Valencia. Así 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* Resoluciones citadas entre otras muchas).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Valencia don Rodolfo Bada Maño, de fecha 14 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 3 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 3 de noviembre de 2016 (2.ª)

En el expediente 112/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Moncuadro, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 9 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el 14 de marzo de 2016, 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 «Moncuadro, S.L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia:

1. Que la sociedad había procedido a nombrar como auditor el día 16 de enero de 2016 al auditor don …..para que verificara las cuentas del año 2015.
2. Que el socio solicitante había actuado con abuso de derecho y con mala fe.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictó resolución en fecha 27 de abril de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., como administrador solidario de la mercantil, por escrito de fecha 18 de mayo de 2016, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Sevilla el 20 de mayo de 2016, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo que el nombramiento de un nuevo auditor conllevaría un gasto económico injustificado para la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 88, 112 y 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 353 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital, artículo 2 y 338 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, artículo 16 del Código de Comercio así como las resoluciones citadas en el texto.

De forma reiterada (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), 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 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, 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 de este expediente la sociedad ha justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud del socio pero no ha acreditado en modo alguno que se haya adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación por lo que su contabilidad no tiene porqué revestir una especial complejidad *(vide* arts. 254, 257, 258 y 261 en relación al artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital); b) que la sociedad no ha solicitado la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, inscripción que se puede verificar sin necesidad de elevar a público el acuerdo del órgano de administración (arts. 154 y 192 en relación al 141 del Reglamento del Registro Mercantil); c) que de conformidad con el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital el plazo ordinario para la elaboración del informe de verificación es el de un mes desde que se haya puesto a disposición del auditor la documentación oportuna; d) que al tiempo de emitir esta resolución han transcurrido más de seis meses desde el cierre del ejercicio social, un plazo razonable para la emisión del informe de verificación y sin embargo la sociedad no lo ha aportado al expediente ni ha justificado en modo alguno que lo ha puesto a disposi-

ción del socio minoritario *(vid.* art. 8 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).

En relación al abuso del derecho alegado por parte del recurrente, 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 accionista a requerir el nombramiento ya que, si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil) y no ampara, por el contrario, el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 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).

Respecto a la alegación consistente en que el nombramiento supondrá un gasto inútil e injustificado, 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 25 de marzo y 18 de junio de 2009 y 24 de marzo de 2010, entre otras).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla III don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 27 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 3 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 3 de noviembre de 2016 (3.ª)

En el expediente 113/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ociex Internacional, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 9 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 10 de marzo de 2016, 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 «Ociex Internacional, S.L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad debidamente notificada por el Registro Mercantil no formuló oposición.

III

La registradora mercantil de Alicante doña María Pilar Planas Roca dictó resolución en fecha 13 de mayo de 2016 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., en nombre y representación de la Sociedad, por escrito de fecha 6 de junio de 2016, que tuvo entrada el 8 de junio de 2016 en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que el solicitante no tiene el 5% de participaciones sociales en el capital social, aportando escritura de aumento de capital de la sociedad en cuestión de fecha 11 de diciembre de 2015 autorizada por la notario Manuela Dávalos Fernández, de la que resulta que el solicitante como consecuencia del aumento no ostenta ya el 5% del capital social exigido por la Ley, no habiendo sido presentada esta escritura a inscripción en el Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 88, 112 y 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas;

artículos 353 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital, artículo 2 y 338 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, artículo 16 del Código de Comercio así como las resoluciones citadas en el texto.

En cuanto a la legitimación del solicitante 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 –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental «en su caso», dice el precepto. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por si sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba 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 del socio solicitante deriva de los propios datos registrales –arts. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil–, de la Hoja abierta en este Registro a nombre de la sociedad «Ociex Internacional, S.L.» se desprende que, el señor don ….. asumió un número de participaciones representativas de más del 5% del capital social, además de la declaración del socio solicitante, bajo su responsabilidad, que a la fecha de la solicitud continúa siendo titular 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 el solicitante, como consecuencia de el aumento de capital recogido en la escritura pública de fecha 11 de diciembre de 2015 autorizada por la notario Manuela Dávalos Fernández no ostenta un 5 % del capital social, sin embargo no se ha acreditado que dicho acuerdo se haya ni 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 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. Es más, el artículo 316 de la Ley de Sociedades de Capital prevé, expresamente, esta obligación y sanciona su cumplimiento tardío disponiendo que «cuando hubieran transcurrido seis meses desde la apertura del plazo para el ejercicio de derecho de preferencia sin que hubieran presentado para su inscripción en el Registro los documentos acreditativos de la ejecución del aumento del capital, quienes hubieran asumido las nuevas participaciones sociales o los suscriptores de las nuevas acciones podrán pedir la resolución de la obligación de aportar y exigir la restitución de las aportaciones realizadas. Si la falta de presentación de los documentos a inscripción fuere imputable a la sociedad, podrán exigir también el interés legal».

En el caso que nos ocupa, ha quedado acreditado que en el momento de la presentación de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor, que es el que se ha de tener en cuenta para apreciar si éste 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 el solicitante, como titular de más del cinco por ciento del capital social está legitimado 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, y especialmente la de 8 de febrero de 2011).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Alicante doña María Pilar Planas Roca de fecha 13 de mayo de 2016 por la que acordó proceder al nombramiento del 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 conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 3 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 3 de noviembre de 2016 (4.ª)

En el expediente 114/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia del cónyuge de un socio de «Cerámica Carbonell, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 31 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 cónyuge de un titular de más del 5% del capital social de «Cerámica Carbonell, S.L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando la falta de legitimación de la solicitante, pues de conformidad con lo establecido en 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil solo los socios pueden solicitar el nombramiento de auditor, y no los excónyuges de un socio añadiendo que las participaciones no eran gananciales del matrimonio sino privativas del socio anteriormente casado con la solicitante.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, don Jaime del Valle Pintos requirió a la sociedad con fecha 15 de abril de 2016 para que aportara la documentación a la que aludía la sociedad en su escrito de oposición y cuya recepción consta en el expediente como recibida el 29 del mes de abril. En vista a la documentación aportada por ambas partes dictó resolución en fecha 9 de mayo de 2016, por la que acordó estimar la oposición y no proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 3 de junio de 2016, que tuvo entrada el 7 de junio en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de solicitud que se dan por reproducidos e incidiendo en el interés que tiene la solicitante en el nombramiento de auditor que verifique las cuentas de la sociedad, debido a que el señor …..,y la solicitante se encuentran en trámite de divorcio, de un matrimonio contraído bajo régimen económico matrimonial de gananciales conforme al cual y basándose en el 1347.2 del Código Civil todos los frutos, rentas o intereses de bienes privativos son gananciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 88, 112 y 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 y 346 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 338 y siguientes y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

En cuanto a la legitimación del solicitante 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 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).

Se plantea la cuestión de si el cónyuge de un socio puede o no solicitar el nombramiento de auditor de una sociedad de la que su marido es partícipe privativo, especialmente en un caso en el que al existir un trámite de divorcio entre las partes, pudiese tener interés en obtener información contable de la sociedad.

Por una parte, y siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, esta Dirección General ha reiterado en numerosas ocasiones *(vid.* resoluciones de 22 de mayo de 2009 y 27 de abril de 2011 por todas), que la sociedad de gananciales no es, desde luego, una comunidad dividida idealmente en cuotas partes ni está regulada por los artículos 392 y ss. del Código Civil, sino que es una comunidad de tipo germánica, específicamente regulada en los artículos 1.316 y 1.344 siguientes del Código Civil, en la que el total de los bienes que la integran pertenece indistintamente a ambos cónyuges desde la celebración del matrimonio o desde el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales hasta la liquidación de la sociedad *(cfr.* art. 1.344 en relación con el 1.392 del Código Civil). En tanto no se proceda a su liquidación, la sociedad de ganan-

ciales, subsiste y cualquier cónyuge puede actuar en defensa de la misma estando facultado para realizar actos de gestión y administración sobre los bienes existentes (arts. 1.375 y 1384 del Código Civil). Y precisamente, 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 porque su finalidad es el conocimiento de la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa.

Por otra parte, en el presente expediente las participaciones sociales son privativas y no gananciales, lo cual resulta acreditado por la sociedad y admitido por la solicitante en sus escritos de solicitud y recurso. De forma reiterada (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), 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 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.

El ejercicio del derecho a solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas supone un derecho inherente a la condición de socio que solamente le corresponde al mismo y no a personas que de un modo u otro pudieran estar interesadas bien de manera directa o bien indirecta en la compañía.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Alicante, don Jaime del Valle Pintos de fecha 9 de mayo de 2016, por la que acordó estimar la oposición y no proceder al nombramiento del 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 conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 3 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 3 de noviembre de 2016 (5.ª)

En el expediente 136/2016 sobre nombramiento de experto independiente para la valoración de participaciones sociales a instancia de un socio de «Imasatec, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 20 de junio de 2016 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 22 de junio de 2016, en el que don ….., en nombre y representación como Presidente del Consejo de Administración de la sociedad «Imasatec, S.A.», solicitó que se designara experto independiente para la valoración de la citada sociedad a los efectos de determinar el precio de las acciones ante una oferta recibida para la transmisión, entre accionistas, de una parte de ellas.

II

El Registrador Mercantil de Madrid II, don Manuel Casero Mejías dictó resolución en fecha 30 de junio de 2016 por la que acordó desestimar la solicitud de nombramiento de experto independiente formulada por la representación de la sociedad «Imasatec, S.A.» para la determinación del valor razonable de las acciones.

III

Don ….., por escrito de fecha 19 de julio de 2016, que tuvo entrada el día 20 del mismo mes y año en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º) Que el accionista que quiere vender, es «Arquitrabe Activos, S.L.P.» que posee el 31,9277% de participación en el accionariado de «Imasatec, S.A.» (correspondiente a 583 acciones), núm. de acciones 1 al 33 (ambas inclusive), de 91 al 156 (ambas inclusive), de 251 al 266 (ambas inclusive), de 346 al 356 (ambas inclusive), de 751 al 766 (ambas inclusive), de 841 al 856 (ambas inclusive) y de 1293 al 1717 (ambas inclusive). 2.º) Que los accionistas compradores serían don ……(...) que compraría 292 acciones, y don……(...) que compraría 291 acciones. 3.º) Que en cumplimiento de los Estatutos de la sociedad, se notificó la oferta al resto de accionistas para que manifestasen su derecho preferente a la adquisición de la totalidad de las acciones ofrecidas y la conformidad o disconformidad con el precio. Transcurrido el plazo de los sesenta días que, conforme a los Estatutos de la sociedad, tienen los accionistas para manifestar su deseo de adquirir las acciones que se propone transmitir, el Consejo de Administración ha recibido, fehacientemente, la comunicación de varios accionistas manifestando su disposición a comprar las acciones que a prorrata les corresponden, mostrando su disconformidad con el precio, y solicitando que se proceda a cumplir lo previsto en el artículo 11 de dichos Estatutos para esta eventualidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 88, 112 y 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 353 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital, artículo 2 y 338 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, artículo 16 del Código de Comercio así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Se plantea en el presente expediente si procede la designación por el Registrador Mercantil de un experto independiente que valore las acciones que un socio de la mercantil «Imasatec, S.A.» quiere vender a un tercero y que, previo ofrecimiento de las mismas a los accionistas en virtud del derecho de adquisición preferente, ha dado lugar a que dos de los socios de «Imasatec, S.A.», manifiesten su voluntad de adquirir las citadas acciones así como su disconformidad con el precio.

Debe precisarse al respecto que la actuación de los Registradores Mercantiles está sujeta al principio de tipicidad de modo que les competen las funciones que el ordenamiento les atribuye y en los términos que dicho ordenamiento determina. Así resulta del artículo 16 del Código de Comercio y de los artículos 2 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil y de reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Entre dichas funciones se encuentra el nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas –apartado b del expresado artículo 2-; función que desarrollan los artículos 338 y siguientes del expresado Reglamento, dedicándose el artículo 363 del mismo al «Nombramiento de auditores para determinar el valor real de las acciones y participaciones sociales».

En este sentido, es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de fechas 17 de octubre de 2006, 16 de octubre y 4 de noviembre de 2008, entre otras), poniendo de manifiesto que no procede el nombramiento de auditor para la determinación del valor de las participaciones, salvo en los casos establecidos por la Ley (art. 363 del Reglamento del Registro Mercantil) o, en su caso, de disponerlo así los estatutos sociales. En otras palabras, no es un derecho que pueda ejercitarse sin más por cualquier socio con el fin de conocer el valor real de sus participaciones.

En este sentido el artículo 11 de los Estatutos de la mercantil «Imasatec, S.A.», en materia de transmisión de acciones, prevé «(...) Si la oferta ha sido aceptada en cuanto a las acciones a transmitir, pero no en cuanto al precio, éste será fijado en su valor real, de acuerdo con los estados financieros de la sociedad, determinado por el auditor de cuentas de la sociedad y si la sociedad no estuviera obligada a la verificación de cuentas anuales, por el auditor que, a solicitud de cualquier interesado, nombre el Registrador Mercantil del domicilio social y siempre teniendo en cuenta el valor del inmovilizado». Del citado

precepto resulta que está previsto, en el caso que nos ocupa, que la valoración sea realizada por el auditor de la sociedad, y solo en defecto de éste, por auditor nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de cualquier interesado.

Del mismo modo, en la hoja abierta a la sociedad consta inscrito, con fecha 29 de febrero de 2016, el nombramiento de auditor que verifique las cuentas de la mercantil «Imasatec, S.A.» de los ejercicios 2015, 2016 y 2017.

Por lo tanto, no se justifica causa legal ni estatuaria que ampare el nombramiento por el Registrador Mercantil de auditor en relación con la valoración de las acciones, por lo que no pueden ser estimadas ninguna de las alegaciones vertidas por la sociedad en el escrito de recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid II, don Manuel Casero Mejías, de fecha 30 de junio de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 3 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 3 de noviembre de 2016 (6.ª)

En el expediente 139/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bioconservación, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 7 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 20 del mismo mes y año, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 33,307% del capital social de «Bioconservación, S.A.», el

nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015. Se acompaña: 1.º) Fotocopia de copia simple del Acta de la Junta General de la sociedad «Bioconservación, S.A.» autorizada por el Notario de Barcelona don Miguel-Ángel Campo Güerri, el día 10 de junio de 2015, número 1.764 de su protocolo.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º) No obstante no estar obligada a la verificación contable, se ha procedido a la auditoría voluntaria de los ejercicios 2013 y 2014. 2.º) Se ha procedido a nombrar voluntariamente auditor de cuentas para el ejercicio 2015 a la sociedad «Pleta Auditores, S.L.», habiendo suscrito con la citada sociedad de auditoría un encargo profesional el día 31 de diciembre de 2015. 3.º) Dicho nombramiento será sometido a votación en la junta General de Accionistas. 4.º) Solicita se rechace la petición al ya estar nombrado auditor de cuentas para el ejercicio 2015. Se incorporan los siguientes documentos: 1.º) Fotocopia de copia simple de escritura de poder para pleitos, autorizada por el Notario de Barcelona don Enrique Peña Félix, el día 6 de febrero de 2015, número 595 de su protocolo. 2.º) Copia de la propuesta de servicios profesionales para la realización de la auditoría voluntaria de las cuentas anuales del ejercicio 2015 de la mercantil «Bioconservación, S.A.» suscrito por don ….., administrador único de la mercantil cuya auditoría se pretende, y por don……, en representación de la sociedad auditora «Pleta Auditores, S.L.P.».

III

Mediante diligencia de mejor proveer de fecha 5 de febrero de 2016 se requirió a la sociedad «Bioconservación, S.A.» para que, en el plazo de 10 días hábiles a contar desde su recepción, aportaran copia auténtica o testimonio notarial de escritura de poder para pleitos, otorgada el 6 de febrero de 2015, ante el Notario de Barcelona don Enrique Peña Félix, número 595 de su protocolo, que se adjuntó por fotocopia al escrito de oposición, o bien, aportaran escrito suscrito por persona o personas debidamente facultadas para representar a la mercantil «Bioconservación, S.A.» con cargo inscrito, o bien con poder suficiente que constara inscrito o, de no estarlo, junto a los documentos que acreditaran de forma completa su legitimación, ratificándose en el escrito de oposición aportado; y, asimismo, o bien presentaran para su inscripción en el Registro Mercantil de Barcelona, la documentación relativa a la designación de auditor correspondiente al ejercicio 2015 por parte de la sociedad y la aceptación del mismo, y aportaran copia de la citada documentación al Departamento de Designación de Expertos y Auditores para su unión al expediente; o bien aportaran original con firmas legitimadas notarialmente del documento de propuesta de servicios profesionales para la realización de la auditoría voluntaria de las cuentas anuales al 31 de diciembre de 2015; y además aportaran informe de auditoría relativo a las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 de la sociedad «Bioconservación, S.A.».

IV

Dentro del plazo señalado al efecto se aportaron: 1.º) Documento original de la propuesta de servicios profesionales para la realización de la auditoría voluntaria suscrito por don ….., administrador único de «Bioconservación, S.A.», con firma legitimada por el Notario de Madrid don Ricardo Ferrer Giménez el día 16 de febrero de 2016, y por don …..,

en representación de la firma auditora, cuya firma consta debidamente legitimada por el Notario de Barcelona don Lluis Jou i Mirabent el 15 de febrero de 2016. 2.º) Copia de la escritura de poder meritada.

V

Mediante oficio de fecha 25 de febrero de 2016 se requirió a la sociedad «Bioconservación, S.A.», para que en el plazo de 10 días hábiles presentaran: 1.º) O bien informe de auditoría voluntaria emitido por la sociedad «Pleta Auditores, S.L.P.» relativo a las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 de la mercantil «Bioconservación, S.A.», para su unión al expediente. 2.º) O bien presentaran para su inscripción la documentación relativa al nombramiento voluntario de auditor correspondiente al ejercicio 2015 por parte de la sociedad y la aceptación del mismo y aportaran copia de la citada documentación al Departamento de Designación de Expertos y Auditores para su unión al expediente.

VI

Mediante escrito de fecha 14 de marzo de 2016 se aportaron los siguientes documentos: 1.º) Fotocopia del resguardo para el interesado, de fecha 10 de marzo de 2016 del recibo de la cantidad entregada a cuenta para el pago del anuncio en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. 2.º) Certificación expedida por el administrador único de la mercantil «Bioconservación, S.A.» de la cual se desprende que el citado administrador nombró voluntariamente como auditor de cuentas de la citada mercantil a la firma de auditoría «Pleta Auditores, S.L.P.» para el ejercicio social cerrado el 31 de diciembre de 2015, cuya firma legitimó el Notario de Madrid don Ricardo Ferrer Giménez en fecha 3 de marzo de 2016. 3.º) Escrito de fecha 31 de diciembre de 2015, suscrito por don ….., en nombre y representación de la mercantil «Pleta Auditores, S.L.P.» de aceptación del nombramiento de auditor para la realización de la auditoría de las cuentas anuales al 31 de diciembre de 2015 de la mercantil «Bioconservación, S.A.», cuya firma legitimó el Notario de Barcelona don Luis Jou Mirabent en fecha 8 de marzo de 2016.

VII

En vista de las citadas actuaciones obrantes en el expediente, el día 5 abril de 2016 se procedió a suspender la resolución del expediente en tanto no hubiera caducado el asiento de presentación relativo a la documentación meritada y llegara o no a quedar definitivamente inscrito el nombramiento de auditor presentado, comunicándose dicha suspensión mediante oficio de fecha 5 de abril de 2016.

VIII

El día 19 de abril 2016 don ……presentó escrito en el que realizó las siguientes las alegaciones: 1.º) Que la presentación de la citada documentación no es más que una respuesta del órgano de administración para evitar que el Registro Mercantil nombre un auditor de cuentas independiente y que no sea de su confianza. 2.º) Que el 13 de abril de 2016 se celebró Junta General Ordinaria, convocada mediante anuncio publicado en el BORME el 7 de marzo de 2016, y entre otras cuestiones, se ratificó el nombramiento voluntario de auditor,

según resulta de Acta autorizada por el Notario de Barcelona Miguel Ángel Campo Güerri el día 13 de abril de 2016, número 1334 de su protocolo. En este escrito se solicitaba que se levantara la suspensión caída en el expediente de designación de auditor de cuentas y que se proceda al nombramiento de auditor de cuentas para que compruebe que las cuentas de la sociedad «Bioconservación, S.A.» del ejercicio 2015, en los términos y condiciones recogidas en la solicitud formulada por don……. Se acompañan: 1.º) Anuncio de la citada convocatoria en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. 2.º) Copia simple de la meritada Acta de la Junta General de la sociedad «Bioconservación, S.A.». 3.º) Informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2014 de la mercantil «Bioconservación, S.A.» emitido por el auditor don ….. el 7 de septiembre de 2015.

IX

Mediante oficio de fecha 25 de abril de 2016 se puso en conocimiento de la sociedad que no se podía acceder a esta petición, pues la documentación que causó el asiento número 1163 del libro diario de presentación número 1234, podía afectar a la resolución del expediente recordando, asimismo, que los actos de trámite no son susceptibles de recurso.

X

La registradora mercantil de Barcelona doña Carmen Gómez-Meana Crespo, dictó resolución en fecha 13 de junio de 2016 por la que acordó admitir en parte la oposición interpuesta y que no procede el nombramiento de auditor solicitado.

XI

Don ….., actuando en nombre y representación de don ….., como apoderado, por escrito de fecha 12 de julio de 2016, que tuvo entrada el 14 de julio de 2016 en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º) No consta en el expediente documento alguno que, con base en el artículo 1227 del Código Civil, acredite fehacientemente que el citado encargo es de fecha anterior a la solicitud de nombramiento de auditor. El 2 de marzo de 2016 el administrador de la mercantil «Bioconservación, S.A.» certificó haber nombrado el 31 de diciembre de 2015 como auditor de la misma para el ejercicio 2015 a «Pleta Auditores, S.L.P.» y dicha sociedad aceptó el encargo, según consta en documento privado firmado el 31 de diciembre de 2015 y legitimado notarialmente el 8 de marzo de 2016. En relación con esta cuestión es doctrina reiterada de este Centro directivo que «no cabe la inscripción en el Registro Mercantil de la designación voluntaria de auditor por parte de una compañía mercantil cuando ya existe presentada ante el Registrador Mercantil solicitud de designación de auditor a instancia de minoría, conforme al artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital» (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de mayo de 2013). Se acompañan lo siguientes documentos: 1.º) Copia de escritura de poder para pleitos autorizada por el Notario de Barcelona don Raúl-Jesús Cillero Raposo, el día 27 de abril de 2015 número 944 de su protocolo. 2.º) Resolución recurrida. 3.º) Solicitud del recurrente de que se levante la suspensión caída sobre el expediente a la que se hizo mérito. 4.º) Convocatoria de Junta General Ordinaria de accionistas de la sociedad «Bioconservación, S.A.» publicada en el Boletín Oficial del

Registro Mercantil el día 7 de marzo de 2016. 5.º) Certificación del Registro Mercantil de fecha 28 de junio de 2016 relativa a la inscripción de «Pleta Auditores, S.L.P.» como auditor de cuentas de la sociedad «Bioconservación, S.A.» para la verificación de las cuentas de 2015. 6.º) Copia del Acta de Junta General de 13 de abril de 2016 autorizada por el Notario de Barcelona don Miguel-Ángel Campo Güerri el día 13 de abril de 2016, número 1334 de su protocolo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 88, 112 y 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, 1227 del Código Civil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Debido a que la segunda razón de recurso constituye, en su mayor parte, una reiteración de la primera, puede resumirse el argumento que constituye fundamento de la pretensión del recurrente en la falta de concurrencia de los dos requisitos necesarios para que el nombramiento voluntario de auditor enerve la petición del socio. Respecto de la primera de las exigencias meritadas en el *exponendo* se alega en el escrito de recurso que no consta que el nombramiento sea de fecha fehaciente anterior a la solicitud. Y en cuanto al segundo, se mantiene que no es posible la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento voluntario de auditor después de presentada la instancia.

Con carácter previo al examen de la meritada causa de recurso, es conveniente recordar que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital permite al socio que reúna participaciones equivalentes al 5% del capital social, solicitar el nombramiento voluntario de auditor siempre que no hubieren transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre del ejercicio social. Tiene por finalidad reforzar la posición dentro de la estructura empresarial.

Como excepción a esta regla, este Centro Directivo ha reconocido el hecho de que, dado 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.

Es cierto que 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 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 del Código Civil, 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, la primera fecha fehaciente que consta en el expediente en relación a dicho nombramiento es la de la legitimación notarial de la firma, esto es el 16 de febrero de 2016, posterior a la presentación en el Registro Mercantil de la solicitud por el socio minoritario (20 de enero de 2016). 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 inscrito en el Registro Mercantil el nombramiento de auditor, 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 Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 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. No existen razones para presumir falsedad en la propuesta de servicios profesionales suscrita el 31 de diciembre de 2015 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 la inscripción del nombramiento el Registro Mercantil.

En cuanto a la necesidad de que quede garantizado el derecho del socio a la auditoría ha quedado suficientemente cumplimentado puesto que, con ante-

rioridad a la interposición del presente recurso, se procedió a la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de auditor.

No es doctrina de esta Dirección General que la inscripción haya de ser previa a la petición de auditoría. Dicha exigencia solo se predica respecto del nombramiento, que no de la garantía. Prueba de ello es que, a mayor abundamiento, esa garantía se ha aceptado, desde siempre, incluso en trámite de recurso y, en el caso que nos ocupa el Registrador, en el momento de resolver, tenía constancia de que la inscripción se había practicado. Procede en consecuencia la desestimación del motivo de recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona, doña Carmen Gómez-Meana Crespo de fecha 13 de junio de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 3 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 3 de noviembre de 2016 (7.ª)

En el expediente 147/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Explotación Ganadera Los Barrancos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 23 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Explotación Ganadera Los Barrancos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia:

1.º No se acredita por el solicitante tener el porcentaje mínimo necesario para ejercer tal derecho.

2.º Falta de legitimación del solicitante ya que no se acredita como estampada de su puño y letra la firma estampada en los documentos que han sido remitidos, de manera que opone falsedad en los mismos, y desconocimiento de la persona autora de la firma que figura en la solicitud.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla, don Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 11 de mayo 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 30 de mayo de 2016, que tuvo entrada el 6 de junio 2016 en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando únicamente el argumento relativo a la falsedad de la firma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 88, 112 y 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Como ha reiterado esta Dirección General *(vide* por todas, resoluciones de 30 de julio y de 8 de agosto de 2014), la falta de rigor formal del expediente que nos ocupa exime del cumplimiento de requisitos excesivos. Como resulta de su regulación, la instancia del solicitante le identifica debidamente sin mayores requerimientos. Como ha reiterado esta Dirección General desde antiguo *(vide* Resolución de 28 de julio de 1992 entre otras), el principio de igualdad entre las partes del procedimiento quedaría conculcado si un rigorismo excesivo exigiera al solicitante no solo acreditar su condición de socio sino además su identidad que se entiende suficientemente

acreditada por la mera presentación de la solicitud (art. 351 del Reglamento del Registro Mercantil).

Al respecto, es doctrina reiterada de esta Dirección General *(vid.* Resoluciones de 26 de junio, 30 de julio y 5 de agosto de 2014 y 26 de mayo de 2015 entre las más recientes), que si la sociedad entiende que la solicitud ha sido llevada a cabo con suplantación de personalidad o por persona distinta de aquella que firma la instancia correspondiente tiene abierta la vía jurisdiccional en defensa de su posición jurídica. Este Centro Directivo limita su competencia a la determinación de si concurren o no los requisitos establecidos en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para la designación por parte del Registrador Mercantil de un auditor que lleve a cabo la verificación de las cuentas anuales del último ejercicio. Consecuentemente esta Administración no puede entrar a valorar circunstancias que escapan de su competencia y que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. Presentada instancia firmada por quien afirma ser socio de la sociedad no cabe en consecuencia que en el estrecho ámbito de este procedimiento se haga pronunciamiento alguno sobre la veracidad de la firma.

Si la sociedad considera que la instancia ha sido firmada por persona distinta a quien ostenta la cualidad de socio puede accionar en defensa de su derecho por las vías previstas en el ordenamiento jurídico pero no puede pretender que esta Administración asuma la defensa de su posición jurídica en el ámbito de un procedimiento limitado por su competencia, objeto, conocimiento y efectos.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla don Ignacio Madrid Alonso de fecha 11 mayo 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 3 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 21 de noviembre de 2016 (1.ª)

En el expediente 123/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «PRC-Motion Barcelona, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la mercantil «Escampa, S.L.» presentó escrito de fecha 29 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona en el que tuvo su entrada el día siguiente, 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, su representada, de más del 5% del capital social de «PRC-Motion Barcelona, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

Traslada la solicitud a la sociedad, ésta no se ha opuesto dentro del plazo de 5 días establecido en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil a la solicitud.

III

La Registradora Mercantil de Barcelona, doña Mercedes Barco Vara dictó resolución de fecha 5 de mayo de 2016, por la que acordó no proceder al nombramiento del auditor solicitado debido a que la solicitante ostentaba la condición de administradora solidaria de la entidad, pudiendo ella sola, sin necesidad del otro administrador, proceder al nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2015.

IV

Don ….., en nombre y representación de la mercantil «Escampa, S.L.», por escrito que tuvo entrada el 16 de junio de 2016 en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que su representada no era administradora solidaria al tiempo de cierre del ejercicio social de 2015, debido a que renunció mediante escritura pública otorgada por el Notario José Marqueño de Llano, bajo el número de protocolo 504 de 2015 a su cargo, aportando tanto el escrito de renuncia como la notificación notarial a la sociedad de su cese como administrador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 88, 112 y 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públi-

cas, 265.2 y 346 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 338 y siguientes y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

La cuestión a resolver en el presente expediente se circunscribe a determinar si la condición de administrador solidario de un socio que renunció al citado cargo por escritura pública otorgada el 31 de marzo de 2015 ante notario de Barcelona, debidamente notificada a la sociedad y que con posterioridad causó inscripción en el Registro Mercantil de Barcelona (inscripción 16 de la hoja abierta a la sociedad), enerva o no su derecho como socio a solicitar el nombramiento de auditor. Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo poniendo de manifiesto que la condición de administrador en un socio no le impide el ejercicio de un derecho que le corresponde como tal socio, aunque añadiendo, salvo que gestionase en exclusiva los asuntos sociales y, por tanto, hubiese podido por sí solo encargar directamente la auditoría. En el caso que nos ocupa no existía consejo de administración y sí dos administradores solidarios, lo que significaba que, no siendo necesaria su actuación conjunta, cualquiera de ellos podía haber encargado por sí solo la auditoría de las cuentas.

Aunque esto es así, lo anterior no basta aquí para enervar el derecho del socio al nombramiento, y ello por una doble razón, porque no fue administrador durante todo el ejercicio económico cuya auditoría solicitó y, además, porque no concurría ya en el solicitante la doble condición de socio y administrador en el momento legalmente tasado en que podía presentar y presentó su petición, que es el momento al que la legitimación tiene que referirse.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y desestimar la resolución de la Registradora Mercantil de Barcelona, doña Mercedes Barco Vara, de fecha 5 de mayo de 2016, por la que acordó no proceder al nombramiento del 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 conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 21 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 21 de noviembre de 2016 (2.ª)

En el expediente 145/2016 sobre nombramiento de experto independiente a instancia de la heredera de quien fue usufructuaria de acciones de la entidad «Osborne y Cia, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 26 de mayo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Cádiz, en el que tuvo su entrada el día 6 de junio del mismo año, en el que solicitó, al amparo del artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, el nombramiento de un experto independiente para determinar el importe del derecho de crédito derivado del incremento de valor de las acciones usufructuadas por doña ….. en la sociedad «Osborne y Cia, S.A.».

Basa su pretensión en las siguientes circunstancias:

1.º Que su madre, doña ….. era titular del usufructo sobre 65.448 acciones de la sociedad, usufructo que se extinguió a su muerte acaecida el día 25 de marzo de 2015.

2.º El usufructo se le atribuyó en la escritura de operaciones particionales autorizada por el notario de Las Palmas de Gran Canaria don Fernando García-Mauriño Longoria el día 26 de mayo de 1972, derivada de la herencia de don ……, siendo heredera universal……, y sus hermanas……y ……llamadas a su legítima estricta.

3.º Que siendo el valor de las acciones al tiempo de la constitución del usufructo el equivalente en pesetas a la cantidad de 5409, 11 euros y siendo el valor al tiempo de su fallecimiento de 7.299.415,44 euros (conforme a certificado de la propia sociedad que acompaña), existe un incremento de valor de 7.294.006,33 euros.

4.º Que mediante escritura autorizada por el notario de Las Palmas de Gran Canaria don Francisco Barrios Fernández el día 23 de octubre de 2015 se protocolizó el cuaderno particional derivado de la herencia de doña ….., elaborado por el contador partidor don ….. en el que se inventarió el derecho de crédito de las acciones usufructuadas derivado del artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital sin valoración, pues debía ser esta realizada conforme a lo establecido en su párrafo tercero. El citado derecho de crédito contra la sociedad se adjudicó en la siguiente proporción: Un 77,619926% a doña ….., un 11,190037% a doña ….. y un 11,190037% a doña …..

5.º Que las cotitulares no han llegado a un acuerdo sobre el importe a satisfacer por el aumento de valor de las acciones usufructuadas sin que el título de constitución disponga de reglas distintas a las previstas en el citado artículo. Se justifica dicho desacuerdo con sendos burofaxes remitidos a las hermanas y coherederas de la solicitante proponiendo una valoración, valoración que fue rechazada por el mismo conducto, sin que hasta la fecha exista ninguna otra propuesta.

II

La solicitud fue notificada a la sociedad con fecha de notificación 22 de junio de 2016. No resulta del expediente contestación por parte de la sociedad.

III

Con fecha 30 de junio de 2016 tiene entrada en el registro escrito de alegaciones de doña ….. fechado el día 26 inmediato anterior en el que manifiesta lo siguiente: 1.º Que ha sido notificada por el departamento de atención al accionista de la sociedad del escrito presentado por su hermana sin que haya recibido notificación alguna del Registro Mercantil de Cádiz por lo que solicita se subsane el error y se le notifique formalmente por parte de éste tanto a ella como a su hermana……. 2.º Que no se da el supuesto previsto en el artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto la cuestión no es que no exista acuerdo entre las cotitulares, si no que ninguna de las hermanas dispone de los datos suficientes para llevar a cabo el cálculo del incremento de valor habida cuenta del transcurso de más de cuarenta y cinco años desde la constitución del usufructo y las dificultades en conseguir la información precisa de la sociedad, que les ha remitido información parcial; de donde resulta la imposibilidad de llevar a cabo una valoración al no disponer de toda la información necesaria. 3.º Que en consecuencia solicita el archivo del expediente por imposibilidad de cálculo de la cantidad a abonar y porque no concurre el requisito de falta de acuerdo previsto en el artículo 128 Ley de Sociedades de Capital.

El Registro Mercantil de Cádiz notificó tanto a doña ….. como a doña ….., a los efectos del artículo 354 del RRM.

Mediante escrito de fecha 8 de julio de 2016, doña ….. hace constar que no habiendo presentado oposición la sociedad en el plazo previsto en el artículo 354 del RRM procede que se lleve a cabo el nombramiento solicitado por cuanto es la única persona legitimada para poder llevarla a cabo.

Mediante escrito de fecha 18 de julio de 2016, doña ….. presenta escrito ante el registro mercantil de Cádiz en el que hace constar su oposición al nombramiento solicitado: 1.º Que en el testamento otorgado por su madre (copia del cual consta en el expediente), se dispuso expresamente su voluntad de que las acciones de la sociedad fueran atribuidas por partes iguales entre sus tres hijas (considerándose mejora en lo que excediera de la legítima estricta de…..y…..), lo que conlleva la falta de legitimación de la solicitante al existir una evidente confusión de derechos por lo que procede la inadmisión de la solicitud. 2.º Que no concurre el supuesto del artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital pues la cuestión no radica en la falta de acuerdo entre las partes sino en el hecho de que ninguna de ellas ha podido llevar a cabo un cálculo aproximado por falta de la necesaria información contable. Que en cualquier caso ha existido comunicación entre las cotitulares por lo que se acredita que no ha existido falta de acuerdo sino de la información precisa.

IV

La registradora mercantil accidental de Cádiz, doña Camino Magán Ayuso dictó resolución en fecha 27 de julio de 2016 por la que acordó que a falta de acuerdo entre las partes y sin perjuicio de las cuestiones civiles que puedan plantearse (que no constituye el objeto del expediente), resulta acreditado la existencia del usufructo sobre acciones por parte de la fallecida así como el interés de las partes en que el valor sea integrado en la masa hereditaria, por lo que procede el nombramiento del experto solicitado.

V

Doña ….., actuando en representación de doña ….., por escrito de fecha 1 de septiembre de 2016, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolu-

ción, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo que la mercantil ha remitido finalmente la totalidad de los datos que ha sido capaz de localizar con los que se podrá llevar a cabo una valoración y, en su caso, buscar un acuerdo lo que confirma la inexistencia de un previo desacuerdo que justificase el nombramiento de experto, con reiteración de solicitud de archivo de expediente.

Doña ….. presenta escrito de fecha 10 de octubre de 2016 en el que afirma que ha tenido conocimiento del recurso; alega nuevamente que al no existir oposición por parte de la sociedad ni por parte de la tercera hermana, doña ….., se acredita debidamente la falta de acuerdo entre las partes. Que el artículo 326 de la Ley Hipotecaria impide que se tengan en cuenta documentos no calificados en su momento por el registrador por lo que no deben tenerse en cuenta a efectos de recurso. Que la resolución reconoce que el importe del usufructo forma parte de la masa hereditaria y que no ha existido acuerdo entre las partes. Que las únicas causas de oposición de doña ….., y doña ….. serían que el importe a abonar fue excluido en el título constitutivo del usufructo o que las partes ya han llegado a un acuerdo sobre el mismo, ninguna de las cuales concurre en el expediente. Que es doctrina reiterada de la DG la concurrencia de los principios de objetividad, independencia e imparcialidad en el auditor designado lo que resulta aplicable al supuesto de modo que le corresponde al que se designe determinar el importe a abonar conforme al propio artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 68, 78, 79, 84, 107, 113 y 114 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común y disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículos 127 y 128 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Fallecida la titular de un usufructo de acciones y adjudicado el crédito contra la sociedad, derivado de la existencia de beneficios no distribuidos y capitalizados conforme el artículo 273 de la Ley de Sociedades de Capital, una de las adjudicatarias del crédito solicita del Registrador Mercantil la designación de experto independiente de conformidad con las previsiones del artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital. Notificada la sociedad y las otras cotitulares del crédito, aquella no muestra oposición mientras que una de las tres cotitulares presenta primero alegaciones en contra de la procedencia de la designación y, posteriormente, recurso contra la resolución de la registradora mercantil por la que accede al nombramiento solicitado.

2. Dice así el primer inciso del artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital: «1. En caso de usufructo de participaciones o de acciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo».

El contenido económico del usufructo a que se refiere el artículo 467 del Código Civil se concreta, tratándose de acciones, en el dividendo acordado

por la junta general en los términos señalados por los artículos 273, 275 y 276 de la Ley de Sociedades de Capital y en las previsiones de los artículos 471 y 474 del Código Civil.

Si la junta general de la sociedad acuerda no distribuir el beneficio y destinarlo total o parcialmente a reservas, el derecho del usufructuario al producto de las acciones se transforma en la expectativa a que dichas reservas sean distribuidas con posterioridad como dividendo (art. 273.4 de la Ley de Sociedades de Capital), o en que se emitan acciones con cargo a las mismas en cuyo supuesto el usufructo se extiende a las acciones emitidas correspondientes (art. 129.4 de la misma Ley).

Cuando el usufructo se extingue y los beneficios convertidos en reserva no han sido objeto de conversión en nuevas acciones ni distribuidos como dividendo, la expectativa de que gozaba el usufructuario no se ha satisfecho de uno u otro modo. Para este supuesto y con el fin de satisfacer el interés del propio usufructuario o de sus causahabientes, dispone el primer inciso del artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital: «1. Finalizado el usufructo, el usufructuario podrá exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las participaciones o acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas expresas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas».

La reclamación frente al ahora pleno propietario de las acciones del importe correspondiente a los beneficios no distribuidos y convertidos en reserva exige la determinación del quantum del importe a satisfacer, cuestión no siempre sencilla por implicar distintas operaciones que hacen referencia a la aplicación y destino del resultado o resultados no distribuidos. Para el supuesto en que las partes, usufructuario o sus causahabientes y pleno propietario de las acciones, no alcancen un acuerdo sobre la cantidad a satisfacer, la Ley de Sociedades de Capital dispone lo siguiente en el propio artículo 128: «3. Si las partes no llegaran a un acuerdo sobre el importe a abonar en los supuestos previstos en los dos apartados anteriores, éste será fijado, a petición de cualquiera de ellas y a costa de ambas, por un experto independiente, distinto al auditor de la sociedad, que designe a tal efecto el Registro Mercantil».

El procedimiento es el previsto en los artículos 350 y siguientes del reglamento del Registro Mercantil de acuerdo a la remisión del artículo 363.4 del mismo texto normativo.

3. Establecido lo anterior resulta evidente la procedencia del nombramiento solicitado por concurrir las circunstancias previstas en la Ley sin que ninguna de las alegaciones que de contrario lleva a cabo la recurrente puedan enervar la afirmación anterior.

En primer lugar no puede desconocerse la legitimación de la instante en cuanto heredera universal y cotitular del crédito contra la masa derivada del usufructo cuya liquidación se encuentra pendiente de determinación y para la que precisamente se solicita la designación de experto. El hecho de que concurra en

su persona tanto la cualidad de socia obligada a satisfacer el importe que se determine como de cotitular del crédito derivado del usufructo no desvirtúa en absoluto su posición. Ciertamente existirá, en su caso, confusión de derechos en cuanto a la porción del crédito y deuda que le corresponda una vez determinado su importe pero para ello es preciso primero que aquél conste como líquido, circunstancia que precisamente trata de solucionar este expediente. En cualquier caso, y como resulta de la resolución impugnada, las cuestiones puramente civiles que se planteen entre las partes una vez liquidado el crédito tendrán el tratamiento previsto en el ordenamiento y deberán ventilarse aplicando las normas que correspondan sin que de ello pueda derivarse una falta de legitimación.

En segundo lugar resulta evidente la falta de acuerdo entre las partes implicadas como acredita la misma existencia del procedimiento. Es doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 25 de julio de 2014 y de 21 de enero de 2015), que la regulación de la Ley de Sociedades de Capital destinada al nombramiento de expertos para la determinación del valor de acciones o participaciones salvaguarda debidamente tanto los derechos de la sociedad como los derechos individuales del socio o socios afectados que lo solicita o, como en este caso, del usufructuario o causahabiente y del pleno propietario. Si por cualquier motivo el usufructuario o sus causahabientes no consiente en el valor de su crédito, el ordenamiento le reconoce la facultad de solicitud de experto, garantizando así, no solo respecto del solicitante sino respecto de los demás interesados, la debida igualdad entre las partes.

Consecuentemente no puede aceptarse la afirmación de que no procede el nombramiento de experto pues el mero hecho de la solicitud demuestra la existencia de un conflicto y ampara la pretensión de la solicitante. En cualquier caso no es tan trascendente la acreditación de la existencia de un conflicto al respecto como la expresión de la voluntad (en este caso de una de las cotitulares del crédito a liquidar), de que la determinación de su valor sea llevado a cabo por un experto independiente tal y como reconoce el artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil accidental de Cádiz, doña Camino Magán Ayuso de fecha 27 de julio de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 21 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Cádiz.

Resolución de 23 de noviembre de 2016 (1.ª)

En el expediente 66/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Debut Films Productions, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 5 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 12 del mismo mes, 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 «Debut Films Producciones S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad, tras no poder ser notificada en su domicilio social, fue notificada mediante publicación en el «BOE» de fecha 8 de marzo, no se opuso a la pretensión del mencionado socio.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don José-María Méndez-Castrillón Fontanilla dictó resolución con fecha 18 de marzo de 2016 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado, constando la aceptación del mismo.

IV

Don ….., liquidador de la mercantil «Debut Films Producciones S.L.», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 18 de marzo, sobre la base del siguiente argumento: así, reconoce la legitimación de la solicitante, si bien se opone a su pretensión ya que la sociedad ha nombrado auditor voluntario. Manifiesta que, efectivamente, se ha nombrado auditor voluntario según resulta de documento suscrito por ambas partes el 30 de diciembre de 2015, si bien, ni ha sido inscrito en el registro mercantil ni se ha puesto el informe a disposición del socio minoritario, solicitando en el propio recurso «la inscripción del nombramiento de auditor en el referido Registro Mercantil».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 112 y 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por

el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo muy reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo a dicha doctrina (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), 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 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, 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.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de indepen-

dencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

2. En el expediente que da lugar a la presente la fehaciencia de la fecha del documento por el que se pretende acreditar la existencia de un nombramiento voluntario anterior es evidente, puesto que de los documentos aportados resulta el contrato suscrito con el auditor de fecha 30 de diciembre, anterior a la solicitud del socio minorista. A su vez se acompaña copia de la factura de fecha 1 de abril y certificado bancario acreditativo del pago de la misma.

Aun así conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* Resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario, que de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

3. No ocurre lo mismo con el requisito relativo al aseguramiento del interés protegible. En el supuesto de este expediente aún admitiendo que la sociedad ha justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud del socio, no ha acreditado en modo alguno que se haya adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado.

Efectivamente, no puede pretenderse que el informe de verificación esté completado en fecha cercana a la del cierre de ejercicio. Al respecto es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación por lo que su contabilidad no tiene porqué revestir una especial complejidad *(vide* arts. 254, 257, 258 y 261 en relación al artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital); b) que la sociedad no ha solicitado la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, inscripción que se puede verificar sin necesidad de elevar a público el acuerdo del órgano de administración (arts. 154 y 192 en relación al 141 del Reglamento del Registro Mercantil); c) que de conformidad con el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital el

plazo ordinario para la elaboración del informe de verificación es el de un mes desde que se haya puesto a disposición del auditor la documentación oportuna; d) que al tiempo de emitir esta resolución han transcurrido cinco meses desde el cierre del ejercicio social; e) que de lo anterior resulta que ha transcurrido un plazo razonable para la emisión del informe de verificación y sin embargo la sociedad no lo ha aportado al expediente ni ha justificado en modo alguno que lo ha puesto a disposición del socio minoritario *(vide* art. 8 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).

Es también cierto que la inscripción de auditor voluntario no es obligatoria en principio pero no lo es menos que, de acuerdo a la constante doctrina de esta Dirección que ha sido por extenso recogida en las consideraciones anteriores, y a falta de entrega o puesta a disposición del informe de auditoría la sociedad está obligada a garantizar que el interés protegible que el socio minoritario ejerce mediante la solicitud prevista en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital está salvaguardado mediante la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento realizado, inscripción que evitará el depósito de las cuentas anuales del periodo a que se refiera el nombramiento si a las mismas no se acompaña el oportuno ejemplar del informe de verificación (art. 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

En el presente expediente es la propia mercantil la que reconoce que no ha dado cumplimiento a este requisito, ya que ni ha solicitado la inscripción de tal nombramiento en el registro Mercantil ni ha puesto a disposición del socio minorista el citado informe, pretendiendo dar cumplimiento a este requisito en sede de recurso, al incluir en el mismo la solicitud de inscripción de tal cargo. Por tanto, debe concluirse que, tanto de la situación tabular de la sociedad como del propio contenido del recurso, resulta el incumplimiento por parte de la sociedad del requisito de que se haya adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado en el momento de la solicitud del nombramiento.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid, don José María Méndez Castrillón Fontanilla de fecha 18 de marzo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 23 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 23 de noviembre de 2016 (2.ª)

En el expediente 115/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Autobuses Ifach, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Alicante en el que tuvo su entrada el 31 de marzo de 2016, 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 «Autobuses Ifach, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia:

1. Que en la solicitud no aparece indicada la causa.
2. Falta de legitimación de la solicitante, pues hasta el momento no ha solicitado la inscripción de sus participaciones sociales como independientes ante el administrador de la mercantil. No es sino copropietaria con sus dos hermanos de las participaciones que hoy dice ostentar de forma individual y no siendo representante de las participaciones de conformidad a lo establecido en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, siendo necesario que solicite la inscripción en el libro de socios de la entidad.
3. La sociedad ya ha nombrado auditor de cuentas por Junta General Extraordinaria de fecha 7 de octubre de 2015, a la que no acudió la solicitante, no habiéndose elevado a público pues la sociedad carece de liquidez.

III

El Registrador Mercantil de Alicante, don Jaime del Valle Pintos, requiere el 14 de abril de 2016 a la sociedad para que en un término de 10 días acredite los extremos necesarios para que el nombramiento del auditor por la sociedad pueda enervar el derecho del socio, constando su recepción el 22 de abril de 2016 y siendo aportados el día 5 de mayo de 2016 la escritura de nombramiento de auditor otorgada en Calp, el día 4 de mayo de 2016 por la notario doña Patricia del Río Fernández de la que resulta su nombramiento, constando la aceptación del auditor nombrado de forma fehaciente el 27 de abril del 2016.

IV

El Registrador Mercantil de Alicante don Jaime del Valle Pintos dictó resolución de fecha 11 de mayo de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ….. y don …..., administradores mancomunados de la mercantil, por escrito de fecha 7 de junio de 2016, que tuvo entrada el 8 de junio de 2016 en el Registro Mercantil de Alicante, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo que la solicitante no puede negar conocimiento del nombramiento del auditor por no asistir a la Junta General pues fue debidamente convocada y se aporta además resguardo de recepción y acta de notificación notarial de fecha 1 de octubre de 2015, otorgada ante la notaria de Calpe doña María Jesús Valencia Martín, con el número 1011 de su protocolo. Es por ello por lo que el derecho del socio ha quedado garantizado y ello junto a la inscripción del nombramiento del auditor de fecha 5 de mayo de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 112 y 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 y 346 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 338 y siguientes y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede prosperar la alegación relativa a la inexpresión de la causa en el escrito de solicitud, puesto que como ha mantenido esta Dirección General, en este tipo de peticiones se 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.

2. En cuanto a la legitimación del solicitante de la auditoría, este Centro Directivo ha entendido suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso, que no siempre resulta exigible dicha justificación documental «en su caso», dice el precepto. Por su parte, y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del art. 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba 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 caso, la sociedad se limita a decir que la solicitante no aparece inscrita en el libro registro de socios como titular de las indicadas participaciones sino como cotitular proindiviso. No puede prosperar la referida alegación pues de admitirla implicaría dejar al arbitrio de una de las partes, que sería la sociedad, el ejercicio de un derecho que le corresponde a la otra parte, el socio, y como bien señala el propio Registrador Mercantil, la Ley no exige formalismo alguno en la comunicación que ha de realizar el socio bastando el traslado de la documentación aportada por los solicitantes en su petición.

3. En relación a la causa de oposición relativa a la existencia de un administrador nombrado anterior a la solicitud, de forma reiterada (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), 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 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, 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 presente expediente el socio solicita la auditoría con fecha 31 de marzo de 2016, fecha en la que tuvo acceso al Registro Mercantil su solicitud, mientras que el nombramiento de auditor por parte de la sociedad de conformidad a lo establecido en el artículo 1227 del Código Civil es el momento en el que consta su fehaciencia y ese momento es el de la legitimación notarial del escrito de aceptación de fecha 27 de abril de 2016. El citado artículo recoge que la fecha de

un documento privado no se contará respecto a terceros sino desde el día en que se hubiera incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera que la firmaron o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio. Este último supuesto es el que se toma en el presente expediente, al ser el Notario quien con su legitimación otorga fehaciencia a la aceptación del auditor de cuentas y por lo tanto resulta que la solicitud es previa al nombramiento de auditor por parte de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Alicante, don Jaime del Valle Pintos, de fecha 11 de mayo de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 23 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 23 de noviembre de 2016 (3.ª)

En el expediente 121/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bodegas Alabanza, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 7 de enero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de La Rioja en el que tuvo su entrada el 12 de enero de 2016, 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 «Bodegas Alabanza, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad, mediante escrito de fecha 22 de febrero de 2016 se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia:

1. Falta de causa en la solicitud.
2. Abuso del derecho del solicitante.
3. Imposibilidad por parte de la sociedad de hacer frente al pago de los honorarios del auditor de cuentas.

III

La registradora mercantil de La Rioja, doña Celia Meneses Martínez Bernal dictó resolución de fecha 22 de marzo de 2016, por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 29 de abril de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de La Rioja, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 112 y 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 y 346 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 338 y siguientes y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede prosperar la alegación relativa a la inexpresión de la causa en el escrito de solicitud, puesto que como ha mantenido esta Dirección General, en este tipo de peticiones se 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.
2. En relación al abuso del derecho alegado por parte del recurrente, existe abundantísima doctrina de este Centro Directivo señalando que resulta imposible analizar en este trámite, dado lo limitado del conocimiento que tiene atri-

buido, las razones o motivaciones que llevan al accionista a requerir el nombramiento ya que, si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil) y no ampara, por el contrario, el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 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).

3. Respecto a la ausencia de medios de la sociedad para hacer frente al gasto de la auditoría, 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 25 de marzo y 18 de junio de 2009 y 24 de marzo de 2010, entre otras).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de la Rioja, doña Celia Meneses Martínez Bernal de fecha 22 de marzo de 2016

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 23 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de La Rioja.

Resolución de 23 de noviembre de 2016 (4.ª)

En el expediente 122/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Larrauri & Marti Abogados Centro, S. L. P.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 3 de mayo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid en el que tuvo su entrada el día 4 de mayo, en el que solicitó, al amparo del artículo 40 del Código de Comercio, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia:

1. Que la sociedad no está obligada a la verificación contable y que habían transcurrido más de tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio a auditar.
2. Que con anterioridad a dicha notificación el nombramiento había sido aceptado por otro auditor de cuentas, don …..., aceptado su encargo con fecha 30 de marzo y comunicado al Registro Mercantil, habiendo sido inscrito con fecha 13 de mayo.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don Manuel Casero Mejías, dictó resolución de fecha 26 de mayo de 2016 por la que acordó admitir la oposición y no proceder al nombramiento del auditor solicitado, si bien, recordando a la sociedad que, a la vista de la solicitud del socio, debe ponerse a su disposición en su día el informe de auditoría que realice el auditor designado por la sociedad.

IV

Don ….., por escrito de fecha 15 de junio de 2016, que tuvo entrada el 21 de junio de 2016 en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que la solicitud que realizó de nombramiento de auditor es de fecha 4 de mayo de 2016, fecha en la que tuvo acceso al Registro Mercantil de Madrid, mientras que la fecha de nombramiento y aceptación del auditor de cuentas nombrado por la sociedad, ha de ser la de 16 de mayo de 2016, fecha en la que tuvo acceso al Registro Mercantil de Madrid, es por ello por lo que siendo posterior debe de procederse al nombramiento de auditor por parte del Registrador Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 112 y 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 40 del Código de Comercio en su redacción dada por la disposición final 2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, 265.2 y 346 y siguientes del Real Decreto Legis-

lativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 338 y siguientes y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

El único motivo objeto de resolución y alegado en el recurso, es el relativo al conflicto entre el nombramiento de auditor por parte de la sociedad respecto a la solicitud de nombramiento que realiza el socio minoritario.

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.

Pues bien, en el supuesto analizado tenemos por una parte la solicitud del socio minoritario de fecha 4 de mayo de 2016, fecha en la que tuvo acceso al Registro Mercantil de Madrid. Por otra parte tenemos la sociedad, que en fecha 29 de marzo de 2016 contrata a don …..para que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2015, habiendo sido aceptado el citado encargo el 30 de marzo y figurando inscrito con fecha 13 de mayo de 2016.

El nombramiento de auditor se realizó por acuerdo del órgano de administración de la sociedad, pero la legitimación de firma de la certificación y de la aceptación son de fecha 4 y 10 de mayo de 2016, esto es, posterior a la presentación de la solicitud del socio minoritario.

Si bien es cierto que tradicionalmente este Centro Directivo exigió que el nombramiento fuera anterior a la presentación de la instancia, no lo es menos que recientemente ha corregido dicha postura, fundamentándolo en que lo trascendente es garantizar el derecho del solicitante a la verificación contable, siendo intrascendente para el socio el origen del nombramiento debido a la independencia e imparcialidad que presiden la actuación de estos profesionales. Con ello, además, se evita tener que acudir a otra auditoría. En este sentido se pronuncia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de julio de 2014. Por lo tanto, habiéndose acreditado el nombramiento y aceptación de auditor nombrado voluntariamente con carácter

previo a esta Resolución se estima cumplido el primero de los requisitos para que el nombramiento voluntario de auditor enerve la petición del socio, quien en todo caso, verá salvaguardado su interés.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid, don Manuel Casero Mejías, de fecha 26 de mayo de 2016 por la que acordó admitir la oposición y no proceder al nombramiento del 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 conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 23 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 23 de noviembre de 2016 (5.ª)

En el expediente 143/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Susana, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., doña ….., don ….. y doña ….., presentaron escrito de fecha 31 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el 5 de abril de 2016, en el que solicitaron, 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 «Susana, S.A.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015, al haber tenido conocimiento del nombramiento de «Euroglobal Consulting Auditors, S. L. P. » como auditor de la sociedad y al entender que el referido nombramiento debe ser anulado por la concurrencia de causas de incompatibilidad previstas en la propia Ley de Auditoría de Cuentas, causas señaladas en los artículos 13.d) y 13.g) de la misma. Y ello debido a su relación con la mercantil «Bufet Puig i Associats, S.L.P.» y a que tanto sus relaciones de parentesco de sus administradores, accionistas mayoritarios, así como su publicitación y domicilio social son los mismos.

II

El Registro Mercantil de Barcelona mediante oficio de fecha 11 de abril de 2016, se instó a los solicitantes para que en el plazo de diez días hábiles, procedieran a aportar los documentos acreditativos de la titularidad en la sociedad «Susana, S.A.», así como los que acreditaran fehacientemente las causas de incompatibilidad alegadas. Mediante escrito de fecha 5 de mayo los promotores solicitaron una prórroga de cinco días hábiles más, que le fue concedida mediante nuevo oficio de fecha 11 de mayo de 2016. En fecha 23 de mayo de 2016 tiene entrada en el Registro Mercantil de Barcelona las pruebas a su juicio solicitadas.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que la sociedad «Euroglobal Consulting Auditors, S. L. P.» y la mercantil «Bufet Puig i Associats, S.L.P.» no son entidades vinculadas ni forman una unidad de decisión, ya que cada una de ellas está controlada por un socio mayoritario distinto y por un administrador distinto. Según la sociedad, tampoco el domicilio de ambos es coincidente, pues aunque se encuentra en el mismo edificio, se trata de diferentes pisos para cada entidad.

IV

El Registrador Mercantil VIII de Barcelona, don Nicolás Nogales Colmenarejo dictó resolución en fecha 8 de julio de 2016 por la que acordó no proceder a la revocación del auditor ni proceder al nombramiento del auditor solicitado al no quedar acreditado fehacientemente que existan las causas de incompatibilidad alegadas por los solicitantes.

V

Doña ….., doña ….., don …… y doña ….., por escrito de fecha 11 de agosto de 2016 que tuvo entrada el 16 de agosto del mismo año en el Registro Mercantil de Barcelona, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 112 y 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 y 346 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 338 y siguientes y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, artículos 13 y siguien-

tes de la Ley de Auditoría de Cuentas de 1 de julio de 2011, artículos 15 y siguientes de la Ley de Auditoría de 20 de julio de 2015 –en vigor desde el 17 de junio de 2016–, así como las resoluciones citadas en el texto.

La Ley de Sociedades de Capital en su artículo 266 exige la concurrencia de «justa causa» para que, aquellas personas que estén legitimadas para solicitar el nombramiento de auditor puedan pedir al Registrador Mercantil la revocación del auditor nombrado por la sociedad.

Los recurrentes alegan como «justa causa» que la sociedad auditora ha incurrido en la causa de incompatibilidad recogida en los artículos 13 d) y g) de la Ley de Auditoría de Cuentas de 1 de julio de 2011, esto es, «la llevanza material o preparación de los estados financieros u otros documentos contables de la entidad auditada (…)» y «La prestación de servicios de abogacía simultáneamente para la entidad auditada, salvo que dichos servicios se presten por personas jurídicas distintas y con consejos de administración diferentes, y sin que puedan referirse a la resolución de litigios sobre cuestiones que puedan tener una incidencia significativa, medida en términos de importancia relativa, en los estados financieros correspondientes al período o ejercicio auditado.(…)».

De los documentos aportados en el expediente resulta lo siguiente:

Respecto a la primera causa de incompatibilidad, no parece que la propia sociedad encargada de llevar a cabo la auditoría lleve o prepare los estados contables de la mercantil «Susana, S.A.», sino que los mismos están encomendados a la mercantil «Bufet Puig i Associats, S. L. P.».

Respecto a la segunda causa alegada, cabe mantener la misma solución, pues se encuentran encomendadas dichas actuaciones a la última sociedad.

Cabe plantearnos si ambas sociedades son la misma o si existen vínculos entre ellas que nos permitan decir que estamos ante una misma dirección y un mismo accionariado. De los documentos aportados resulta que sus socios son los mismos, don ….., y don ….., aunque tanto su administración, como composición de su capital social son totalmente distintos, no pudiendo deducirse por el solo hecho de que en varias sociedades existan los mismos socios que nos encontremos ante la misma sociedad o ante sociedades vinculadas del artículo 42 del Código de Comercio.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil VIII de Barcelona, don Nicolás Nogales Colmenarejo, de fecha 8 de julio de 2016, por la que acordó no proceder a la revocación del auditor ni proceder al nombramiento del 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 conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Admi-

nistrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 23 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 23 de noviembre de 2016 (6.ª)

En el expediente 144/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tamicar, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 21 de marzo de 2016 dirigido al Registro Mercantil de Lanzarote en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Tamicar, S.L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que en Junta General Extraordinaria celebrada el día 21 de diciembre de 2015 se acordó el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas de los ejercicios económicos 2015 a 2017, nombrando a «Peraza y Cía Auditores» para tal encargo y habiendo sido aceptado el mismo.

III

El Registrador Mercantil de Lanzarote, don Luis Francisco Monreal Vidal dictó resolución de fecha 15 de abril de 2016 por la que acordó no proceder al nombramiento de auditor por tener ya designado la sociedad un auditor de cuentas.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 12 de agosto de 2016, que tuvo entrada el 16 de agosto de 2016 en el Registro Mercantil de Lanzarote, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando, en esencia:

1. Que a la fecha de solicitud instada por la dicente aún estaba pendiente el informe de auditoría del ejercicio 2014, debido a que las cuentas de dicho ejercicio fueron formuladas en fecha 25 de febrero de 2016 y entregadas al auditor el día 22 de marzo de 2016.

2. Que el auditor nombrado por la Junta coincide con el nombrado por el Registro Mercantil para las cuentas del ejercicio 2014, pudiendo perfectamente nombrado otro.

3. No se menciona en la resolución recurrida, ningún precepto legal que impida el nombramiento del auditor instado, ya que no resulta incompatible la designación por la Junta con el derecho del socio minoritario realizado en tiempo y forma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 112 y 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 y 346 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 338 y siguientes y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

Procede confirmar en el presente expediente la resolución del Registrador Mercantil de Lanzarote, que siendo ajustada a derecho, no ha sido desvirtuado por las alegaciones del escrito de recurso.

De forma reiterada (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), 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 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, 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 de este expediente la sociedad ha justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud del socio.

Por su parte el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil permite que el interesado que no esté de acuerdo con la resolución del registrador pueda interponer recurso ante esta Dirección General en el plazo de 15 días siguientes a su notificación.

Constando en el expediente la recepción de la notificación en fecha 22 y 24 de abril de 2016 por parte del representante de la recurrente e interpuesto con fecha 16 de agosto de 2016 recurso contra la misma, habiendo transcurrido por lo tanto más de tres meses desde la notificación, resulta claramente extemporáneo de conformidad a lo establecido en el Reglamento del Registro Mercantil en su artículo 354. Siendo este un plazo de caducidad, su transcurso impide la admisión del recurso de la resolución.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Lanzarote, don Luis Francisco Monreal Vidal de fecha 15 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 23 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registradorde Lanzarote.

Resolución de 25 de noviembre de 2016

En el expediente 109/2016, recurso extraordinario de revisión, sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Hospital Quirón Campo de Gibraltar, S.L.».

ANTECEDENTES DE HECHO

I

Por el Registro Mercantil de Madrid, se remitió a esta Dirección General de los Registros y del Notariado certificación expedida por don ….., con el V.ºB.º de don ….., como Secretario y Presidente, respectivamente, de la mercantil «Hospital Quirón Campo de Gibraltar, S.L.». Dicho escrito tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 3 de junio de 2016 y en este Ministerio el día 9 de junio del mismo año.

II

En dicha certificación parcial de la reunión celebrada el día 30 de marzo de 2016 con la asistencia de la totalidad de los miembros del Consejo de Administración de la citada entidad se hacía constar lo relativo al acuerdo quinto, del que parecía desprenderse que la solicitud de nombramiento de auditor con arreglo a lo dispuesto en el artículo 356 del Reglamento Registro Mercantil tenía como finalidad evitar gastos innecesarios en la emisión de un informe de auditoría adicional, mayores demoras en la apertura de la hoja registral de la sociedad y consiguiente inscripción de los acuerdos sociales pendientes.

III

El Registrador Mercantil de Madrid VI, don Francisco Javier Llorente Vara, en su escrito de remisión del expediente a este Centro Directivo, se limitó a hace constar la entrada en dicho registro de la solicitud de nombramiento con arreglo al artículo 356 del Reglamento Registro Mercantil y a remitir el mismo.

IV

A la vista del contenido del expediente remitido a este Centro Directivo, con fecha cinco de septiembre del presente año se dictó por esta Dirección General resolución por la que se estableció:

1.º No haber lugar a la aplicación del procedimiento excepcional previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil por cuanto no concurría ninguna causa especial que así lo impusiese.

2.º Ordenar al Registrador Mercantil de Madrid VI, proceder al nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad «Hospital Quirón Campo de Gibraltar, S.L.», por el procedimiento ordinario, previsto y regulado en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil.

V

Con fecha 23 de septiembre de 2016 tiene entrada en el Registro Mercantil de Madrid solicitud de inscripción de documento a la que se acompaña escrito de fecha 21 de septiembre dirigido a este Centro Directivo firmado por don ….., en su condición de Presidente de la mercantil en cuestión, del que resulta, en esencia, y a lo que este caso interesa:

1. Que a la vista de la resolución de la Dirección General de 5 de septiembre, el interesado ha advertido un error en la remisión del expediente por parte del Registro Mercantil a la citada Dirección en el sentido de no haberse procedido al envío completo del expediente en todo su contenido.
2. Con motivo de la circunstancia anterior, la Dirección General únicamente valoró el escueto acuerdo del Consejo de ratificación de la solicitud planteada y no ha tenido la oportunidad de valorar todos los elementos que concurren en el caso planteado, toda vez que en la documentación presentada en el Registro Mercantil el 2 de junio de 2016 (certificación del acuerdo del Consejo de 30 de marzo) no se hacía referencia a los motivos recogidos en la instancia presentada en el Registro Mercantil el 5 de febrero de 2016, únicamente ratificándose en el hecho de la presentación por el Presidente de la solicitud ante el Registro Mercantil.
3. Que por lo tanto, y sin perjuicio de que concurran motivos económicos, de demoras en la apertura de la hoja registral y su consiguiente inscripción de los acuerdos sociales pendientes, tal y como se resume en el acuerdo de consejo de 30 de marzo, las circunstancias excepcionales no se justifican solo por dichos motivos, sino por las razones esgrimidas en el escrito de solicitud, es decir, el hecho de que el informe de auditoría elaborado por Deloitte está ya emitido y abonado, dicha entidad ha auditado el ejercicio previo –2013– y el siguiente –2015–, y que la Sociedad consolida sus cuentas anuales en un grupo cuyas cuentas consolidadas han sido y siguen siendo auditadas por Deloitte, siendo de elevada importancia el que la sociedad sea auditada por la misma entidad auditora que audita al resto de las sociedades que forman el grupo de sociedades.
4. A mayor abundamiento, señala el interesado, la propia Dirección General ya considera en su resolución de 14 de septiembre de 2016 (sic) –punto 1. Apartado b de los Fundamentos de Derecho– como uno de los supuestos de excepción el hecho de que la sociedad dominante consolide sus cuentas con el resto de sociedades que forman su grupo de sociedades, entre las que se encuentra la sociedad.
5. Finalmente, por lo expuesto, termina su escrito el interesado solicitando al Registro Mercantil de Madrid tener por presentado el mismo y, en su virtud, dé traslado a la Dirección General de los Registros y del Notariado del contenido del mismo para que, teniendo una visión global de las circunstancias que concurren en la sociedad, se valoren de nuevo el carácter excepcional de las circunstancias alegadas, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil, se concluya por dicha Dirección la concurrencia de supuestos de excepción para la designación de la entidad auditora «Deloitte. S.L.», como auditor de cuentas de la Sociedad para el ejercicio 2014 y pueda procederse a su nombramiento.

VI

Por oficio del Registro Mercantil de Madrid de fecha 26 de septiembre de 2016, junto con el escrito a que se refiere el antecedente anterior, se procede por el mismo a la remisión completa del expediente, en concreto, según resulta del referido oficio, «se remiten todos los documentos que obran en el expediente de referencia».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en los artículos 42, 43 del Código de Comercio, artículos 263, 264 y 265 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital, artículos 355 y 356 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, y artículos 113 y 125 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso de la presente resolución y que se han relatado en los antecedentes de hecho.

1. El artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil regula la designación excepcional de auditor para la verificación contable de las cuentas de una sociedad soslayando el procedimiento ordinario regulado en el artículo 350 y siguientes del mismo reglamento. Dicho precepto confiere a esta Dirección General de los Registros y del Notariado la facultad discrecional de valorar si las circunstancias alegadas en cada caso revisten o no el carácter de especiales justificando la postergación del procedimiento ordinario.

El artículo 356 se refiere en un primer momento y de forma genérica a la concurrencia de circunstancias especiales sin mayor determinación de lo que deba entenderse al respecto. La inteligencia del precepto sobre lo que son «circunstancias especiales» no es por tanto lo clara que hubiera sido deseable a fin de proporcionar un criterio sobre qué supuestos deben caer bajo su regulación. Sin embargo esta aparente falta de claridad viene sobradamente compensada por el propio artículo si tenemos en cuenta:

a) Que considera supuesto de excepción el hecho de que la sociedad haya depositado cuentas del ejercicio anterior en las que la cuenta de pérdidas y ganancias no haya sido abreviada. El artículo 258 de la Ley de Sociedades de Capital determina a contrario que las sociedades están obligadas a formular cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada si reúnen al menos dos de las circunstancias siguientes: «a) Que el total de las partidas de activo supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a doscientos cincuenta».

b) Que a continuación considera supuesto de excepción que la sociedad estuviera obligada a formular cuentas e informe de gestión consolidados lo que ocurrirá, de acuerdo con los artículos 42 y 43 del Código de Comercio cuando: la sociedad matriz o dominante deba presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada en los términos vistos o cuando la matriz o una de las filiales haya emitido valores admitidos a un mercado secundario oficial o cuando la sociedad matriz forme parte a su vez de un grupo mayor y se den determinadas circunstancias.

c) Que a continuación el número 2 del propio artículo 356 señala que los auditores que pueden designarse deben superar determinada capacidad en función del número de profesionales a su servicio y del volumen de horas facturadas.

De lo anterior cabe concluir que el Reglamento del Registro Mercantil solo considera que procede nombramiento de auditor fuera del procedimiento ordinario cuando el volumen y el movimiento económico de la sociedad son reveladores de un tamaño que justifica que las labores de auditoría sean llevados a cabo por una firma de auditoría que tenga capacidad suficiente para hacerse frente de semejante labor. De aquí se sigue que las otras «circunstancias especiales» a que se refiere el primer inciso del artículo 356.1 deben comprender aquellas otras que por derivar del volumen económico de la sociedad justifiquen el nombramiento de un auditor igualmente especial aun cuando no se ajusten exactamente a las previsiones de las letras a) y b) anteriormente señaladas.

2. Del escrito de solicitud resultan las circunstancias siguientes por las que se solicita la aplicación del procedimiento excepcional de nombramiento:

1.º El hecho de que el informe de auditoría elaborado por la auditora «Deloitte, S.L.» esté ya emitido y abonado.

2.º Que dicha entidad, además, ha auditado ya el ejercicio previo –2013– y el siguiente –2015–.

3.º Que la sociedad consolida sus cuentas anuales en un grupo cuyas cuentas consolidadas han sido y son auditadas por Deloitte, S.L.», considerándose relevante el hecho de que la sociedad dominante consolide sus cuentas con el resto de sociedades que forman el grupo, entre las que se encuentra la sociedad solicitante en cuestión.

3. A la vista de las consideraciones anteriores, del escrito de solicitud de fecha 21 de septiembre de 2016 dirigido a este Centro Directivo firmado por don ….., y en los términos que el mismo se expresa, así como del contenido del expediente remitido por el Registro Mercantil de Madrid a que se refiere el antecedente de hecho VI, resultan circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor según el punto 2 anterior, por cuanto:

a) Concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo.

b) La sociedad a que se refiere la solicitud cuenta con que el trabajo de auditoría ya ha sido realizado por la firma de auditoría Deloitte, S.L.», anteriormente reseñada, por lo que también motivos económicos favorecen esta solución.

c) La elaboración y auditoría de las cuentas anuales de la sociedad peticionaria de los ejercicios 2013 y 2015, así como de las del grupo de sociedades en que está integrada es realizado por la misma entidad, cuyo informe de

auditoría para el ejercicio 2014 fue ya emitido y que la sociedad nombró en el ejercicio 2015 a la entidad que audita las cuentas anuales de 40 de las 93 sociedades que integran el grupo, así como las cuentas consolidadas del grupo, lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante.

Finalmente, procede igualmente que esta Dirección acepte que sea auditor determinado el que lleve a cabo las actuaciones de verificación. Es cierto que el sistema excepcional contemplado en el artículo 356 no exime de que el nombramiento se haga en función de la disponibilidad de auditores y de modo aleatorio o sucesivo, pero dadas las facultades discrecionales que se reconocen a esta Dirección General, la complejidad de la situación y la relación de hechos expuesta, procede la estimación de la solicitud también en este punto.

En su virtud, esta Dirección General resuelve:

1.º Procede la aplicación del procedimiento excepcional previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil para la designación de auditor de cuentas de la sociedad «Hospital Quirón Campo de Gibraltar, S.L.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014 al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Designar a la firma de auditoría «Deloitte, S.L.» para que lleve a cabo las labores de auditoría.

3.º Devolver el expediente al Registro Mercantil de Madrid a fin de que proceda al nombramiento de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar la solicitud formulada ante esta Dirección General y que se resuelva en los términos anteriores.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 25 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 26 de noviembre de 2016

En el expediente 124/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Camiosur, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 19 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Huelva en el que tuvo su entrada el 19 de febrero de 2016, 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 «Camiosur, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia:

1. No existencia de causa en la solicitud de nombramiento de auditor.
2. La existencia de un auditor nombrado por la sociedad con fecha de 15 de diciembre de 2016.
3. Falta de legitimación del solicitante como consecuencia de estar incurso en un procedimiento penal por la presunta comisión de un delito de estafa y apropiación indebida, estando la cuestión *sub iudice* en la jurisdicción penal.
4. Solicitud en contra de las exigencias de la buena fe y en abuso del derecho.

III

La Registradora Mercantil de Huelva, doña Mercedes Jiménez Alfaro Larrazábal requiere con fecha 11 de marzo de 2016 a doña Celia García de la Corte, representante de la sociedad «Camiosur, S.L.», para que en un plazo de 10 días aporte prueba documental que garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo 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

Doña ….. aporta el 7 de abril de 2016 en el Registro Mercantil de Huelva certificado legitimado notarialmente del acuerdo social emitido por la entidad para nombrar auditor de cuentas y certificado legitimado notarialmente del auditor designado aceptando el nombramiento.

V

La Registradora Mercantil de Huelva, doña Mercedes Jiménez Alfaro Larrazábal dictó resolución de fecha 25 de abril de 2016 desestimando la solicitud y declarando no procedente el nombramiento de auditor solicitado.

VI

Don ….., por escrito de fecha 22 de junio de 2016, que tuvo entrada el 24 de junio en el Registro Mercantil de Huelva, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que el documento presentado por el auditor es simplemente un informe sobre valoración de existencias y determinación de lucro cesante a 31 de diciembre de 2015 y no es una auditoría de verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 112 y 119 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 y 346 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y 338 y siguientes y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

La única cuestión que es objeto de este recurso es la relativa a determinar si el informe del auditor de cuentas es verdaderamente un informe de auditoría o es tan solo un informe de otro tipo que no cumple su finalidad.

De forma reiterada (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), 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 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 este judicial, registral o voluntario, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

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

instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

En el presente expediente queda acreditado por parte de la sociedad que con fecha 15 de diciembre de 2015 se contrató a don …..para realizar la auditoría voluntaria de las cuentas anuales de 2015, constando su aceptación al encargo realizada el mismo día.

La parte recurrente pone en duda si es verdaderamente un informe de auditoría, pero esta cuestión resulta imposible resolver en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados de acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica así como ponerlo en su caso en conocimiento del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas que es el organismo encargado de valorar en cada trabajo concreto el adecuado cumplimiento del deber del auditor de cuentas conforme al artículo 46 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Auditoría de Cuentas de 20 de julio de 2015.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Huelva, doña Mercedes Jiménez Alfaro Larrazábal, de fecha 25 de abril de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 26 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Huelva.

2.2 Mediadores concursales

Resolución de 4 de marzo de 2016

En el expediente 1/2016 sobre nombramiento de mediador concursal a instancia de doña …..

HECHOS

I

Doña ….., actuando en su propio nombre, presentó un escrito de fecha 26 de noviembre de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 231 de la Ley Concursal, el nombramiento de un mediador concursal a fin de alcanzar un acuerdo extrajudicial en los términos previstos en dicha Ley.

La solicitante basa su solicitud en el hecho de que ostenta la condición de trabajadora autónoma y por consiguiente la de empresario a los efectos del título X de la Ley Concursal. Dicha condición resulta de la titularidad de 119 participaciones de la sociedad «Gesmónides, S.L.» de la que es administradora única, así como de su condición de socia única de la sociedad «Moreno & Brown, S.L.» si bien esta última carece de actividad.

II

El registrador Mercantil y de Bienes Muebles XIX de Madrid, don Mariano Álvarez Gómez, dictó resolución en fecha 3 de diciembre de 2015, por la que acordó la improcedencia del nombramiento solicitado por resultar del artículo 242 bis de la Ley Concursal que la competencia de designación de mediador concursal para el supuesto de persona natural no empresario corresponde al notario del domicilio del deudor. Resulta del expediente que dicha resolución fue notificada mediante correo certificado con acuse de recibo en fecha 10 de diciembre de 2015. En la resolución se hace constar un pie de recursos del que resulta la facultad de solicitar bien una calificación sustitutoria conforme al artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, bien de proceder a la impugnación ante esta Dirección General en el plazo de un mes conforme al artículo 324 de la Ley Hipotecaria o bien de impugnarla directamente ante el Juzgado de lo Mercantil en el plazo de dos meses.

III

Doña ….., presentó un escrito de fecha 22 de diciembre de 2015 en el Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo entrada el día 5 de enero de 2016 (si bien presenta sello de imposición en una oficina del Servicio de Correos de fecha 28 de diciembre de 2015), mediante el cual interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes motivos: Primero.–Que, de conformidad con el artículo 231 de la Ley Concursal, se consideran empresarios personas naturales a los autónomos, condición que ostenta la recurrente como puso de relieve en su solicitud y como justifica documentalmente, y que así resulta de la legislación de la Seguridad Social teniendo la solicitante la obligación legal de estar dada de alta en tal condición de trabajadora autónoma, y Segundo.–Que la resolución denegatoria carece de la debida fundamentación lo que produce una situación de indefensión en la solicitante ya que no expresa el razonamiento jurídico en virtud del que considera aplicable el artículo 242 bis de la Ley Concursal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 35, 70, 71, 89, 107, 109 y 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 231 y siguientes de la Ley Concursal, y 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Con el fin de enmarcar adecuadamente este expediente, que por la novedad de la regulación introducida por el artículo 21.7 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que añadió un nuevo título X a la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal, puede suscitar lógicas dudas, es preciso que esta Dirección General se pronuncie, con carácter previo, sobre cuatro cuestiones que resultan esenciales: el objeto del procedimiento, su naturaleza, el conjunto normativo que le sea de aplicación, así como el ámbito de actuación del Registrador Mercantil.

2. Objeto del expediente. El objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 232.1 de la Ley Concursal: determinar si concurren o no los requisitos para determinar si procede o no dar curso a la solicitud de nombramiento de un mediador concursal. La competencia del registrador Mercantil y de esta Administración en alzada viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a otras Administraciones Públicas o a los tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y al art. 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Consecuentemente, no procede en ningún caso que en el ámbito de este procedimiento se lleve a cabo un pronunciamiento sobre cuestiones ajenas a lo que constituye su objeto como puedan ser los motivos intrínsecos de la solicitud, la veracidad de la documentación presentada a examen ante el registrador, la pertinencia del encuadramiento del solicitante en una categoría determinada del régimen de Seguridad Social o la misma conveniencia de que se solicite el nombramiento.

Ninguna de dichas cuestiones u otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que quien acredite le oportuna legitimación tenga abierta la vía administrativa o jurisdiccional para que, en el procedimiento que corresponda, alegue lo que estime oportuno en su defensa.

3. Naturaleza del procedimiento. La atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley Concursal llevo a cabo la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de nombramiento de mediador concursal debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el título tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica *(vid.* Resolución de 16 de julio de 2015), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de esta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el Registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005).

Esta misma doctrina es aplicable al expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 232.1 de la Ley Concursal aunque no exista en este supuesto contraposición de intereses. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores o la de gestionar el denominado código identificador de

entidades jurídicas, la de designación de mediador concursal no es una función de calificación.

De este modo, la decisión del registrador Mercantil en relación a la procedencia del nombramiento de un mediador concursal no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo no previsto por una norma específica.

4. Normativa aplicable. La ausencia de un procedimiento registral específico para que el registrador Mercantil lleve a cabo el ejercicio de su competencia, a la espera de una futura reforma del Reglamento del Registro Mercantil, se ve compensado en este expediente por la remisión expresa que lleva a cabo el artículo 233.1 de la Ley Concursal que dice así en su inciso final: «En todo lo no previsto en esta Ley en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes».

Mientras no se dicte un nuevo Reglamento del Registro Mercantil será consecuentemente de aplicación el procedimiento establecido en el capítulo II del título III, del nombramiento de expertos y de auditores de cuentas, artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. La remisión sin embargo debe hacerse en los propios términos en que así lo acota el precepto transcrito: en lo no previsto en la propia Ley Concursal. La Ley contiene previsiones que se imponen a las previstas en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil para la designación de expertos: previsiones sobre la forma de solicitud (art. 232.1 en relación a la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos), sobre autoridad competente para llevar a cabo la designación (art. 232.3), sobre trámites de verificación y de subsanación de la solicitud (art. 232.3 en su segundo párrafo), sobre el modo de realizar el nombramiento (art. 233.1), sobre trámites adicionales y posteriores a la aceptación (art. 233.3), y sobre trámites relativos al cierre del expediente (art. 238.2).

Aun teniendo en cuenta lo anterior, la aplicación de las normas previstas en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil debe de hacerse de conformidad con la propia naturaleza del procedimiento y con la finalidad expresamente manifestada por el legislador que, en la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, afirma que: «El procedimiento, como aconsejan todos los estudios de Derecho comparado, es muy

flexible y se sustancia, extrajudicialmente, en brevísimos plazos ante funcionarios idóneos por su experiencia y cualificación como son el Registrador Mercantil o el notario, si bien, como ocurre con los acuerdos de refinanciación, se limitarán a designar un profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia y a asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo».

5. Ámbito de actuación del registrador Mercantil. A pesar de la dicción de la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la regulación sobre acuerdos extrajudiciales que contiene la Ley Concursal no contempla que la actuación del Registrador Mercantil consista en la automática designación de un mediador concursal a solicitud de la persona legitimada. Bien al contrario y como resulta del artículo 232.3 de la Ley, el registrador Mercantil debe comprobar «el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231», así como «los datos y documentación aportados por el deudor». Solo en el supuesto que de la documentación aportada (y del contenido del Registro Mercantil o del Registro Público Concursal, en su caso), resultase que el solicitante carece de la legitimación necesaria para solicitar el nombramiento de mediador concursal o que incurre en alguna de las exclusiones legales, puede el registrador rechazar la solicitud sin perjuicio de la posibilidad de subsanación de la deficiencias observadas y enmendables a que se refiere el mismo precepto.

Entre los requisitos que debe analizar el registrador Mercantil está la apreciación de su propia competencia, que viene determinada por las características del deudor solicitante tal y como resulta del artículo 232.3 de la Ley Concursal que, en lo que ahora interesa dice así: «En caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, se solicitará la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito».

Consecuentemente el registrador debe en primer lugar verificar si el solicitante es empresario o entidad inscribible pues en caso de serlo debe proceder a la apertura de la hoja que corresponda, siempre que proceda el nombramiento de mediador y que el solicitante haya aportado los documentos precisos para ello.

Junto a los sujetos contemplados como empresarios o comerciantes en la legislación mercantil, la Ley Concursal asimila otros sujetos personas físicas cuya competencia para la designación de mediador concursal es atribuida igualmente al registrador Mercantil. Dice así el artículo 231.1 de la propia Ley en su segundo párrafo: «A los efectos de este título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos».

Corresponde igualmente al registrador Mercantil la competencia de designación de mediador concursal cuando el solicitante sea persona física que ejerza actividades profesionales, cuando ostente la condición de empresario de acuerdo a la legislación de la Seguridad Social así como cuando ostente la condición de trabajador autónomo.

Si bien estos dos últimos supuestos aparecen en general bien definidos en la legislación aplicable *(vid.* arts. 137 y 138.3 en relación con los artículos 305 y 306, todos del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social), no ocurre lo mismo con el concepto relativo a la actividad profesional llevada a cabo por persona física que carece de una definición material normativa y que, además, puede solaparse con la condición de autónomo. En cualquier caso, corresponderá al registrador la apreciación de si el solicitante acredita suficientemente la condición de profesional a los efectos de determinar su competencia *(vid.* art. 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

6. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente el registrador Mercantil desestima la solicitud de nombramiento de mediador concursal porque el solicitante es una persona natural no empresario correspondiendo la competencia para llevar a cabo la designación al notario correspondiente al domicilio del deudor de conformidad con la previsión del artículo 242 bis de la Ley Concursal.

La decisión no puede mantenerse. Del expediente resulta que la solicitante ostenta la condición de trabajador autónomo y que con tal carácter figura dada de alta en la Seguridad Social, circunstancia que por otro lado el Registrador Mercantil no ha puesto en duda. No procede sino la revocación de la resolución del Registrador Mercantil para que lleve a cabo la designación solicitada.

7. Sin perjuicio de lo anterior y con la finalidad de dar cabal respuesta a las cuestiones planteadas en el escrito de recurso y también a las que esta Dirección General considera de interés, es preciso hacer constar:

En primer lugar que no ha existido un supuesto de indefensión material en la tramitación del expediente por parte del registrador Mercantil. La resolución impugnada adolece de ninguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 62 de la Ley 30/1992, ni puede ser apreciado un defecto de forma que produzca indefensión al recurrente en los términos previstos en el artículo 63 del mismo cuerpo legal. Para que así hubiera sido habría sido preciso que el error de la resolución impidiera efectivamente al recurrente apreciar su sentido o los hechos de que deduce las consecuencias jurídicas impugnadas o que de otro modo le hubiese impedido ejercitar los derechos que la Ley le reconoce. La resolución impugnada, ciertamente escueta, desestima la solicitud precisamente porque, a juicio del registrador, carece de competencia para llevar a cabo el nombramiento.

En el supuesto que constituye el objeto de este expediente el recurrente ha podido alegar en fase de recurso los motivos que ha tenido por conveniente en función de la decisión desestimatoria del registrador que de forma escueta pero patente se considera incompetente, siendo esta la única causa de desestimación.

Esta doctrina es plenamente congruente con la muy asentada en la materia por nuestro Tribunal Constitucional que en su reciente Sentencia de 28 de enero de 2013 recuerda que: «Esto determina que la supuesta lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión [art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836)] y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que denuncian los recurrentes resulte ser un reproche meramente formal y retórico, carente, por lo tanto, de acuerdo con una reiterada doctrina de este Tribunal, de la imprescindible relevancia constitucional, ya que es igualmente doctrina reiterada y conocida de este Tribunal la que señala que –de producirse– no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca inevitablemente un perjuicio material en los derechos de defensa que corresponden a las partes en el proceso (por todas, recientemente STC 42/2011, de 11 de abril [(RTC 2011, 42), F. 2]. Como subraya por su parte la STC 85/2003, de 8 de mayo, F. 11, lo relevante a estos efectos es determinar si –en este caso– esa supuesta irregularidad procesal causó un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa…, privando o limitando su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses».

En definitiva y como ha reiterado el Tribunal Constitucional, el defecto de comunicación o de motivación resulta constitucionalmente irrelevante sino impide la debida tutela del interesado teniendo expedito el ejercicio de los derechos legalmente reconocidos (Sentencia de 13 de noviembre de 2000).

8. Para finalizar y como resulta de las consideraciones anteriores, la especial naturaleza de este procedimiento así como la aplicación de las normas sobre nombramiento de expertos previstas en el Reglamento del Registro Mercantil, determina que, como queda dicho, ni exista propiamente calificación registral ni se apliquen las consecuencias jurídicas que de ello se derivan en cuanto a los recursos posibles y sus plazos.

Ante la solicitud de designación de mediador concursal, el registrador Mercantil debe emitir una resolución sobre la procedencia o no del nombramiento solicitado, resolución que es recurrible en el plazo previsto en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil y no en los previstos para las calificaciones negativas en la legislación hipotecaria.

De lo anterior resulta que la tramitación de procedimiento de nombramiento de mediador concursal a que se refiere este expediente no se ha llevado a cabo por los trámites previstos en el ordenamiento:

Ante la solicitud de nombramiento, el registrador Mercantil emitió una calificación desestimatoria sujetando la tramitación a un conjunto de normas que no son de aplicación al procedimiento; señaladamente, la calificación contiene un pie de recursos que no se corresponde con la previsión del legis-

lador que por remisión a la regulación del Reglamento del Registro Mercantil corresponde a la del artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, de modo que ante una decisión negativa la resolución que así lo contemple debe advertir al interesado de la posibilidad de recurrir ante esta Dirección General en el modo y plazo a que se refiere el citado precepto.

Es cierto que en el supuesto de hecho dicha circunstancia resulta irrelevante pero, como queda dicho, esta Dirección General ha entendido la procedencia de un pronunciamiento al respecto.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XIX de Madrid, don Mariano Álvarez Gómez, de fecha 3 de diciembre de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 9 de marzo de 2016

En el expediente 2/2016 sobre nombramiento de mediador concursal a instancia de doña ….. y don …..

HECHOS

I

Doña ….. y don …..., actuando en su propio nombre, presentaron un escrito de fecha 16 de diciembre de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 231 y siguientes de la Ley Concursal, el nombramiento de un mediador concursal a fin de alcanzar un acuerdo extrajudicial en los términos previstos en dicha Ley.

Los solicitantes basan su solicitud en el hecho de que están casados entre sí en régimen de gananciales, en que ostentan la titularidad ganancial de la vivienda familiar que puede

verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos y en el hecho de que doña ….. ostenta la condición de trabajadora autónoma y por consiguiente la de empresario a los efectos del título X de la Ley Concursal. Dicha condición resulta de que regenta un establecimiento de bebidas estando dada de alta como trabajadora autónoma por tal concepto de acuerdo a las previsiones de la Ley General de Seguridad Social. El esposo está jubilado.

Entre la documentación aportada junto a la solicitud se encuentra copia de la declaración censal de alta en el censo de empresarios, profesionales y retenedores (impreso 036), de la solicitante, grupo 6723, «Cafeterías», así como copia de otros documentos de naturaleza fiscal.

II

La registradora Mercantil y de Bienes Muebles VI de Madrid, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez, dictó resolución en fecha 28 de diciembre de 2015, por la que acordó la improcedencia del nombramiento solicitado por resultar del artículo 242 bis de la Ley Concursal que la competencia de designación de mediador concursal para el supuesto de persona natural no empresario corresponde al notario del domicilio del deudor. Resulta del expediente que dicha resolución fue notificada mediante correo certificado con aviso de recibo en fecha 19 de enero de 2016. En la resolución se hace constar un pie de recursos del que resulta la facultad de solicitar bien una calificación sustitutoria conforme al artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, bien de proceder a la impugnación ante esta Dirección General en el plazo de un mes conforme al artículo 324 de la Ley Hipotecaria o bien de impugnarla directamente ante el Juzgado de lo Mercantil en el plazo de dos meses.

III

Don ….., actuando en representación de los esposos solicitantes, doña ….. y don ….., en virtud de escritura de poder cuya copia se acompaña, presentó un escrito de fecha 21 de enero de 2016 en el Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo entrada el día 29 inmediato posterior (si bien presenta sello de imposición en Oficina del Servicio de Correos de fecha 26 de enero de 2016), mediante el cual interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes motivos: Primero.–Que, de conformidad con el artículo 231 de la Ley Concursal, se consideran empresarios personas naturales a los autónomos, condición que ostenta la solicitante, doña ….., que se encuentra dada de alta en el régimen especial, como resulta del ejemplar de alta en el censo de empresarios profesionales que se acompañó a la solicitud, y que así resulta de la legislación de la Seguridad Social, teniendo la solicitante la obligación legal de estar dada de alta en tal condición de trabajadora autónoma; Segundo.–Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 232.2 de la Ley Concursal, que ordena la apertura de hoja al empresario individual, completa los datos precisos para ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 89 del Reglamento del Registro Mercantil; Tercero.–Que la solicitud conjunta de los dos esposos obedece al hecho de que son propietarios con carácter ganancial de la vivienda familiar y así lo prevé el artículo 232.2 para el supuesto de que el acuerdo extrajudicial pueda afectarle, y Cuarto.–Que la resolución denegatoria carece de la debida fundamentación, lo que produce una situación de indefensión en la solicitante ya que no expresa el razonamiento jurídico, en virtud del que considera aplicable el artículo 242 bis de la Ley Concursal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 35, 70, 71, 89, 107, 109 y 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 231 y siguientes de la Ley Concursal, y 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Con el fin de enmarcar adecuadamente este expediente, que por la novedad de la regulación introducida por el artículo 21.7 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que añadió un nuevo título X a la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal, puede suscitar lógicas dudas, es preciso que esta Dirección General se pronuncie, con carácter previo, sobre cuatro cuestiones que resultan esenciales: el objeto del procedimiento, su naturaleza, el conjunto normativo que le sea de aplicación, así como el ámbito de actuación del registrador Mercantil.

2. Objeto del expediente. El objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 232.1 de la Ley Concursal: determinar si concurren o no los requisitos para determinar si procede o no dar curso a la solicitud de nombramiento de un mediador concursal. La competencia del registrador Mercantil y de esta Administración en alzada viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a otras Administraciones Públicas o a los tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y al art. 12 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Consecuentemente, no procede en ningún caso que en el ámbito de este procedimiento se lleve a cabo un pronunciamiento sobre cuestiones ajenas a lo que constituye su objeto como puedan ser los motivos intrínsecos de la solicitud, la veracidad de la documentación presentada a examen ante la registradora, la pertinencia del encuadramiento del solicitante en una categoría determinada del régimen de Seguridad Social o la misma conveniencia de que se solicite el nombramiento.

Ninguna de dichas cuestiones u otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que quien acredite le oportuna legitimación tenga abierta la vía administrativa o jurisdiccional para que, en el procedimiento que corresponda, alegue lo que estime oportuno en su defensa.

3. Naturaleza del procedimiento. La atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley Concursal llevó a cabo la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que

constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de nombramiento de mediador concursal debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el título tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica *(vid.* Resolución de 16 de julio de 2015), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005).

Esta misma doctrina es aplicable al expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 232.1 de la Ley Concursal aunque no exista en este supuesto contraposición de intereses. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores o la de gestionar el denominado código identificador de entidades jurídicas, la de designación de mediador concursal no es una función de calificación.

De este modo, la decisión del registrador Mercantil en relación a la procedencia del nombramiento de un mediador concursal no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo no previsto por una norma específica.

4. Normativa aplicable. La ausencia de un procedimiento registral específico para que el registrador Mercantil lleve a cabo el ejercicio de su competencia, a la espera de una futura reforma del Reglamento del Regis-

tro Mercantil, se ve compensado en este expediente por la remisión expresa que lleva a cabo el artículo 233.1 de la Ley Concursal que dice así en su inciso final: «En todo lo no previsto en esta Ley en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes».

Mientras no se dicte un nuevo Reglamento del Registro Mercantil será consecuentemente de aplicación el procedimiento establecido en el capítulo II del título III, del nombramiento de expertos y de auditores de cuentas, artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. La remisión sin embargo debe hacerse en los propios términos en que así lo acota el precepto transcrito: en lo no previsto en la propia Ley Concursal. La Ley contiene previsiones que se imponen a las previstas en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil para la designación de expertos: previsiones sobre la forma de solicitud (art. 232.1 en relación a la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos), sobre autoridad competente para llevar a cabo la designación (art. 232.3), sobre trámites de verificación y de subsanación de la solicitud (art. 232.3 en su segundo párrafo), sobre el modo de realizar el nombramiento (art. 233.1), sobre trámites adicionales y posteriores a la aceptación (art. 233.3), y sobre trámites relativos al cierre del expediente (art. 238.2).

Aun teniendo en cuenta lo anterior, la aplicación de las normas previstas en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil debe de hacerse de conformidad con la propia naturaleza del procedimiento y con la finalidad expresamente manifestada por el legislador que, en la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, afirma que: «El procedimiento, como aconsejan todos los estudios de Derecho comparado, es muy flexible y se sustancia, extrajudicialmente, en brevísimos plazos ante funcionarios idóneos por su experiencia y cualificación como son el Registrador Mercantil o el notario, si bien, como ocurre con los acuerdos de refinanciación, se limitarán a designar un profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia y a asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo».

5. Ámbito de actuación del registrador Mercantil. A pesar de la dicción de la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la regulación sobre acuerdos extrajudiciales que contiene la Ley Concursal no contempla que la actuación del registrador Mercantil consista en la automática designación de un mediador concursal a solicitud de la persona legitimada. Bien al contrario y como resulta del artículo 232.3 de la Ley, el registrador Mercantil debe comprobar «el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231», así como «los datos y documentación aportados por el deudor». Solo en el supuesto que de la documentación aportada (y del contenido del Registro Mercantil o del

Registro Público Concursal, en su caso), resultase que el solicitante carece de la legitimación necesaria para solicitar el nombramiento de mediador concursal o que incurre en alguna de las exclusiones legales, puede el registrador rechazar la solicitud sin perjuicio de la posibilidad de subsanación de la deficiencias observadas y enmendables a que se refiere el mismo precepto.

Entre los requisitos que debe analizar el registrador Mercantil está la apreciación de su propia competencia, que viene determinada por las características del deudor solicitante tal y como resulta del artículo 232.3 de la Ley concursal que, en lo que ahora interesa dice así: «En caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, se solicitará la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito».

Consecuentemente el registrador debe en primer lugar verificar si el solicitante es empresario o entidad inscribible pues en caso de serlo debe proceder a la apertura de la hoja que corresponda, siempre que haya aportado los documentos para ello precisos y proceda el nombramiento de mediador.

Junto a los sujetos contemplados como empresarios o comerciantes en la legislación mercantil, la Ley Concursal asimila otros sujetos personas físicas cuya competencia para la designación de mediador concursal es atribuida igualmente al registrador Mercantil. Dice así el artículo 231.1 de la propia Ley en su segundo párrafo: «A los efectos de este título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos».

Consecuentemente, corresponde igualmente al registrador Mercantil la competencia de designación de mediador concursal cuando el solicitante sea persona física que ejerza actividades profesionales, cuando ostente la condición de empresario de acuerdo a la legislación de la Seguridad Social así como cuando ostente la condición de trabajador autónomo.

Si bien estos dos últimos supuestos aparecen en general bien definidos en la legislación aplicable *(vid.* arts. 137 y 138.3 en relación con los artículos 305 y 306, todos del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social), no ocurre lo mismo con el concepto relativo a la actividad profesional llevada a cabo por persona física por carecer de una definición material normativa y que, además, puede solaparse con la condición de autónomo. En cualquier caso, corresponderá al registrador la apreciación de si el solicitante acredita suficientemente la condición de profesional a los efectos de determinar su competencia *(vid.* art. 12 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

6. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente la registradora Mercantil desestima la solicitud de nombramiento de mediador concursal porque a su juicio los solicitantes son persona natural no empresario correspondiendo la competencia para llevar a cabo la designación al notario correspondiente al domicilio del deudor de conformidad con la previsión del artículo 242 bis de la Ley Concursal.

Resulta con meridiana claridad del artículo 231 de la Ley Concursal transcrito más arriba que los trabajadores autónomos tienen, a los efectos del título X referido todo él al acuerdo extrajudicial de pagos, la condición de empresarios. En consecuencia, la decisión no puede mantenerse. Del expediente resulta que doña ….. ostenta la condición de trabajadora autónoma y que con tal carácter figura dada de alta en la Seguridad Social, circunstancia que por otro lado la registradora mercantil no ha puesto en duda. La atribución competencial no viene desvirtuada porque la solicitud se haya llevado a cabo conjuntamente con su esposo, jubilado no empresario, porque como acertadamente señala el escrito de recurso, el artículo 232.2 *in fine* señala la necesidad de que la solicitud se haga conjuntamente (como es el caso), o al menos con el consentimiento del otro cónyuge cuando sean propietarios de la vivienda habitual y esta pueda quedar afectada por el acuerdo extrajudicial (como también es el caso).

7. Sin perjuicio de lo anterior y con la finalidad de dar cabal respuesta a las cuestiones planteadas en el escrito de recurso y también a las que esta Dirección General considera de interés, es preciso hacer constar:

En primer lugar que no ha existido un supuesto de indefensión material en la tramitación del expediente por parte de la registradora Mercantil. La resolución impugnada adolece de ninguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 62 de la Ley 30/1992, ni puede ser apreciado un defecto de forma que produzca indefensión al recurrente en los términos previstos en el artículo 63 del mismo cuerpo legal. Para que así hubiera sido habría sido preciso que el error de la resolución impidiera efectivamente al recurrente apreciar su sentido o los hechos de que deduce las consecuencias jurídicas impugnadas o que de otro modo le hubiese impedido ejercitar los derechos que la Ley le reconoce. La resolución impugnada, ciertamente escueta, desestima la solicitud precisamente porque, a juicio del registrador, carece de competencia para llevar a cabo el nombramiento.

En el supuesto que constituye el objeto de este expediente los recurrentes han podido alegar en fase de recurso los motivos que ha tenido por conveniente en función de la decisión desestimatoria de la registradora que de forma escueta pero patente se considera incompetente, siendo esta la única causa de desestimación.

Esta doctrina es plenamente congruente con la muy asentada en la materia por nuestro Tribunal Constitucional que en su reciente Sentencia de 28 de enero de 2013 recuerda que: «Esto determina que la supuesta lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión [art. 24.1 CE

(RCL 1978, 2836)] y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que denuncian los recurrentes resulte ser un reproche meramente formal y retórico, carente, por lo tanto, de acuerdo con una reiterada doctrina de este Tribunal, de la imprescindible relevancia constitucional, ya que es igualmente doctrina reiterada y conocida de este Tribunal la que señala que –de producirse– no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca inevitablemente un perjuicio material en los derechos de defensa que corresponden a las partes en el proceso (por todas, recientemente STC 42/2011, de 11 de abril [(RTC 2011, 42), F. 2]. Como subraya por su parte la STC 85/2003, de 8 de mayo, F. 11, lo relevante a estos efectos es determinar si –en este caso– esa supuesta irregularidad procesal causó un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa…, privando o limitando su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses».

En definitiva y como ha reiterado el Tribunal Constitucional, el defecto de comunicación o de motivación resulta constitucionalmente irrelevante sino impide la debida tutela del interesado teniendo expedito el ejercicio de los derechos legalmente reconocidos (Sentencia de 13 de noviembre de 2000).

8. Para finalizar y como resulta de las consideraciones anteriores, la especial naturaleza de este procedimiento así como la aplicación de las normas sobre nombramiento de expertos previstas en el Reglamento del Registro Mercantil, determina que, en principio y como queda dicho, ni exista propiamente calificación registral ni se apliquen las consecuencias jurídicas que de ello se derivan en cuanto a los recursos posibles y sus plazos.

Ante la solicitud de designación de mediador concursal, el registrador Mercantil debe emitir una resolución sobre la procedencia o no del nombramiento solicitado, resolución que es recurrible en el plazo previsto en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil y no en los previstos para las calificaciones negativas en la legislación hipotecaria.

La solicitud de designación de mediador concursal, en el supuesto de que se realice por empresario individual inscribible por llevar a cabo una actividad empresarial, conlleva la solicitud de inscripción en el Registro Mercantil como resulta del artículo 232.3 de la Ley Concursal. Por este motivo, la solicitud debe reunir los requisitos que para ello exigen los artículos 89, 90 y 91 del Reglamento del Registro Mercantil. En este supuesto en el que la solicitud supone, además, la rogación de una actuación propiamente registral específicamente contemplada en el artículo 16.1.1.º del Código de Comercio, supeditada a la previa estimación de la solicitud así como a la subsiguiente designación de mediador concursal y a su aceptación, la actuación del registrador Mercantil debe acomodarse a esta circunstancia.

En la medida que, como queda debidamente razonado más arriba, el procedimiento de designación de mediador concursal implica la solicitud de apertura de folio de empresario individual y se caracteriza por su sencillez y celeridad, caso de que la solicitud no reúna las circunstancias necesarias para llevar la inscripción del empresario individual será dentro del expediente

abierto para la designación de mediador concursal en que el registrador deberá poner de manifiesto, en la forma y plazo prevista en el artículo 232 *in fine* de la Ley Concursal, las deficiencias que haya observado. En definitiva, la actuación registral se resuelve en el único procedimiento de designación de mediador concursal y, caso de desestimación, es recurrible en los términos y plazo del artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

De lo anterior resulta que la tramitación de procedimiento de nombramiento de mediador concursal a que se refiere este expediente no se ha llevado a cabo por los trámites previstos en el ordenamiento:

Ante la solicitud de nombramiento, la registradora Mercantil emitió una calificación desestimatoria sujetando la tramitación a un conjunto de normas que no son de aplicación al procedimiento; señaladamente, la resolución contiene un pie de recursos que no se corresponde con la previsión del legislador. Por remisión a la regulación del Reglamento del Registro Mercantil corresponde aplicar el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil de modo que, ante una decisión negativa, la resolución que así lo contemple debe advertir al interesado de la posibilidad de recurrir ante esta Dirección General en el modo y plazo a que se refiere el citado precepto.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles VI de Madrid, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez de fecha 28 de diciembre de 2015.

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

Madrid, 9 de marzo de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Madrid.

Resolución de 9 de septiembre de 2016

En el expediente 3/2016 sobre solicitud de destitución de mediador concursal por recusación a instancia de don ….., actuando en interés de don ….. y doña …..

HECHOS

I

En expediente de designación de mediador concursal instado por los deudores don …..y doña ….. ante el notario de Castellón don Jorge Sos Ansuátegui, recayó el nombramiento en el letrado don…

Don ….., actuando en interés de los deudores, formuló ante el notario citado, en fecha 24 de mayo de 2016, la recusación del designado por enemistad manifiesta con su persona.

Trasladada la solicitud al mediador designado este compareció ante el notario en fecha 27 de mayo de 2016 al efecto de poner de manifiesto: 1.º Que no tiene otra relación con el letrado señor Serrano salvo la profesional, como letrados ambos en ejercicio. 2.º Que entiende que corresponde a la parte que lo solicita expresar los argumentos en que basa su petición así como aportar un principio de prueba que lo respalde. 3.º Que con independencia de que uno u otro profesional resulte mas o menos atractivo al interesado, el sistema de nombramiento secuencial dispuesto en la Ley Concursal garantiza la independencia del nombramiento recaído. 4.º Que es perfectamente conocedor del régimen de incompatibilidades existente sin que se encuentre incurso en ninguno de los supuestos. 5.º Que en base a lo anterior se opone a la recusación formulada.

El notario don Jorge Sos Ansuátegui en fecha 1 de junio de 2016, resolvió no aceptar la recusación formulada al no haber quedado acreditada la causa de recusación alegada.

II

Don ….., mediante escrito de fecha 17 de junio de 2016, interpone recurso ante esta Dirección General, donde tuvo su entrada el día 7 de julio, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que entre el letrado designado y su persona ha existido un enfrentamiento importante. Que no es una cuestión tanto de prueba como de lealtad del profesional designado de cuya actuación puede derivarse responsabilidad. Que el designado fue asimismo designado administrador concursal en un procedimiento en el que el ahora recurrente actuaba en interés de otro cliente. Que en dicho procedimiento concursal el administrador concursal fue requerido después del transcurso de cuatro años desde la aceptación de su cargo para presentar el plan de liquidación tras el transcurso del plazo que para ello prevé la Ley. Que en el mismo procedimiento se le ordenó que presentase el informe sobre el estado de las operaciones tras haber transcurrido con creces el plazo establecido legalmente. Que de lo anterior resultan dudas objetivas que ponen en evidencia la enemistad hacia la persona del recurrente. Que se acompaña como documento justificativo un informe del economista don ….. del que resulta la enemistad manifiesta entre el mediador designado y el recurrente. 2.º Que a efectos de acreditar la irregularidad de la actuación del mediador concursal se acompaña correo electrónico de fecha 24 de mayo de 2016 dirigido por el mediador concursal en el que convoca reunión con los acreedores para el día 5 de julio de 2016 y en el que requiere a los interesados para que le hagan llegar una propuesta de plan de pagos a fin de trasladarla a los acreedores del que resulta que de no recibir propuesta antes del día 3 de junio entenderá que no desean formular propuesta alguna, dando parte al juzgado. Que el mediador está obligado a remitir propuesta a los acreedores con veinte días de antelación conforme el artículo 236 de la Ley Concursal por lo que la exigencia de que se le haga llegar el día 3 de junio resulta inaceptable y es prueba de la animadversión hacia el recurrente.

Que la fijación de dicho plazo no tiene otro propósito que perjudicar a los interesados como clientes del recurrente. Que solicitada la motivación de dicha decisión el designado ha respondido que necesita organizarse lo cual no es m'as que una manifestación de animadversión hacia el letrado recurrente que nunca se ha sentido presionado en tal forma por motivos espurios al ejercicio profesional.

Por escrito de fecha 28 de junio de 2016 el recurrente presenta escrito, con entrada en esta Dirección el día 13 de julio inmediato posterior, por el que amplía su escrito de recurso en el sentido siguiente: Que el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Castellón acordó declarar en concurso a determinada sociedad siendo el letrado de la misma el recurrente y siendo designado administrador concursal el ahora designado mediador concursal don …... Que por auto de 28 de enero de 2013 se abrió la fase de liquidación emplazando al administrador concursal, señor Ferrer, para que presentase el plan de liquidación. Que por providencia de 27 de abril de 2016 se le requirió para que presentase dicho plan ante su falta de presentación. Que con fecha 22 de junio de 2016 se ha presentado por el recurrente demanda incidental por la que solicita la separación del administrador concursal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 47, 48 y 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; artículo 124 y siguientes y 343 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; artículo 231 y siguientes de la Ley Concursal y artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones de este Centro Directivo citadas en el texto.

1. La única cuestión que constituye el objeto de este expediente es la relativa a si consta debidamente acreditada la causa alegada de recusación del mediador concursal designado en su día por el notario de Castellón de la Plana don Jorge Sos Ansuátegui y que viene recogida, como expresa el propio recurrente, en el artículo 343.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil como: «Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus procuradores o abogados».

2. Como cuestión previa y a fin de enmarcar adecuadamente los pronunciamientos de la presente, es preciso hacer una referencia al objeto y naturaleza del procedimiento del que deriva. Como han puesto de relieve las resoluciones de 4 y 9 de marzo de 2016 de este Centro en materia de mediadores concursales, el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 232.1 de la Ley Concursal: determinar si concurren o no los requisitos para determinar si procede o no dar curso a la solicitud de nombramiento de un mediador concursal. La competencia del Registrador Mercantil o del notario actuante y de esta Administración en alzada viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a otras Administraciones Públicas o a los Tribunales de Justicia

en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y al artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común).

Consecuentemente, no procede en ningún caso que en el ámbito de este procedimiento se lleve a cabo un pronunciamiento sobre cuestiones ajenas a lo que constituye su objeto como puedan ser los motivos intrínsecos de la solicitud, la veracidad de la documentación presentada a examen ante el registrador o notario, la pertinencia del encuadramiento del solicitante en una determinada categoría del régimen de Seguridad Social o la misma conveniencia de que se solicite el nombramiento.

Ninguna de dichas cuestiones u otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que quien acredite le oportuna legitimación tenga abierta la vía administrativa o jurisdiccional para que, en el procedimiento que corresponda, alegue lo que estime oportuno en su defensa.

Las mismas consideraciones hay que llevar a cabo cuando la solicitud de parte se dirige a la declaración de recusación del designado en el procedimiento, en base a la habilitación del artículo 233.1 de la Ley Concursal y del artículo 342 del Reglamento del Registro Mercantil. Consecuentemente el Registrador Mercantil o el notario, y esta Dirección en alzada, ha de limitarse a determinar si la parte solicitante ha aportado al procedimiento el o los documentos de los que resulte de modo patente la concurrencia de la causa de recusación pero sin que pueda llevar a cabo labores jurisdiccionales, señaladamente, la valoración de los motivos, conducta o intención de los afectados.

3. A la luz de las consideraciones anteriores resultante evidente que el recurso no puede prosperar dado que no consta en el expediente documentación de la que resulte de modo indubitado la concurrencia de la causa de recusación alegada por la parte.

Téngase en cuenta que negada la concurrencia de dicha causa por el mediador designado (art. 341 del Reglamento del Registro Mercantil en relación con el artículo 342), solo procede la revocación por recusación de su nombramiento si la documentación aportada por el solicitante permite al registrador o notario responsable del procedimiento inferir de modo casi automático y de acuerdo a las reglas de un razonable criterio, llegar a la conclusión de que el mediador designado está incurso en causa que le inhabilita para el ejercicio de la función legalmente encomendada (art. 342.2 del Reglamento). Para que el funcionario responsable del procedimiento haga suyas las afirmaciones de quien recusa es preciso que las mismas resulten de forma indubitada de la documentación aportada; lo que no puede llevar a cabo el funcionario público es basar su decisión en opiniones o afirmaciones de parte que constituyen interpretación de los hechos que resultan de los documentos aportados. Consecuentemente, si de la documentación aportada no se infiere de modo directo

la concurrencia de la causa de recusación, el funcionario debe rechazarla motivadamente sin perjuicio de que la parte interesada acuda a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica.

4. Así ocurre en el expediente que da lugar a la presente en el que el solicitante presenta una documentación de la que no se infiere la concurrencia de la causa de recusación alegada.

El mero hecho de que en un procedimiento concursal (del que se aporta documentación, pero que desde luego no constituye el objeto de este procedimiento y respecto del que esta Dirección carece por completo de competencia), se hayan producido determinadas actuaciones no prejuzga en absoluto la causa de recusación alegada. Las deducciones que lleva a cabo la parte y la interpretación que de las mismas resulta sobre el significado de dichas actuaciones no pueden ser asumidas por esta Dirección.

Por los mismos motivos no puede acogerse como acreditativo de la causa de recusación el hecho de que se aporte un escrito de tercero en el que se vierten afirmaciones resultante de determinados hechos que no dejan de ser opiniones de parte, pero que por si mismas no acreditan la concurrencia de la causa de recusación.

Finalmente tampoco acredita la concurrencia de la causa de revocación la existencia del correo electrónico solicitando la aportación en fecha determinada de un proyecto de plan de pagos. Con independencia de si dicha iniciativa es afortunada o no, o si de la misma puede resultar responsabilidad para el mediador, cuestiones que no constituyen el objeto de la presente, lo cierto es que de la misma no se infiere en absoluto la concurrencia de la causa de recusación alegada por el solicitante.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del notario de Castellón de la Plana don Jorge Sos Ansuátegui de fecha 1 de junio de 2016.

Madrid, 9 de septiembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Castellón.

Resolución de 18 de octubre de 2016 (1.ª)

En el expediente 4/2016 sobre nombramiento de mediador concursal a instancia de….., casada en régimen de gananciales con don…

HECHOS

I

Doña ….., presentó un escrito sin fecha, dirigido al Registro Mercantil de Almería, en el que tuvo su entrada el día 17 de junio de 2016, en el que solicitó, al amparo del artículo 231 de la Ley Concursal, el nombramiento de un mediador concursal a fin de alcanzar un acuerdo extrajudicial en los términos previstos en dicha Ley. La instancia está firmada por la instante y su esposo don…

Junto a la misma se presenta escrito fechado el día 9 de junio de 2016 y firmado por don ….. del que resulta que es letrado en ejercicio, que los solicitantes son sus representados y que tras intentar sin éxito la designación de mediador concursal en la notaria de El Ejido, se dirigen al Registro Mercantil por encontrarse en el supuesto previsto en el artículo 231 de la Ley Concursal.

De la solicitud no resulta la condición de comerciante, empresario o autónomo de quien la lleva a cabo.

II

El Registrador Mercantil de Almería, don Gustavo Adolfo Moya Mir dictó resolución en fecha 20 de junio de 2016 por la que acordó la improcedencia del nombramiento solicitado al carecer de competencia para llevarlo a cabo al no ostentar los solicitantes la condición de empresarios o de entidades registrables en el Registro Mercantil.

III

Don ….., esposo de la persona que encabeza la instancia, como quedó expuesto mas arriba, presentó un escrito de fecha 12 de julio de 2016 en el Registro Mercantil de Almería, en el que tuvo entrada el día 19 de julio inmediato posterior, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución. Del escrito resulta que mantienen una deuda con determinada entidad que resulta impagable, que el Colegio de notarios designó a la notaria de El Ejido para llevar a cabo la designación, en su caso, de mediador, que la notaria declinó verbalmente llevarla a cabo (si bien se transcribe lo que al parecer es un acuerdo del notario requerido), indicando que es el Registro Mercantil el competente para así hacerlo por cuanto el solicitante lleva a cabo una actividad por cuenta propia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 47, 48 y 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 231 y siguientes de la Ley Concursal y artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. La única cuestión que se ventila en este expediente consiste en determinar si es conforme a derecho la resolución de la registradora mercantil de Almería de que no procede la designación de mediador concursal ante la solicitud formulada por un particular y que se detalla en los hechos.

Téngase en cuenta que a la solicitud ante la registradora mercantil precedió una anterior solicitud ante determinada notaria de El Ejido que resolvió que no procedía el nombramiento. Sin embargo esta decisión no fue objeto de recurso en su momento y, en consecuencia, no constituye el objeto de la presente. No obstante y con el fin de dar satisfacción a la pretensión de los solicitantes de que se designe mediador concursal, esta resolución hará referencia a la anterior solicitud con el fin de aclarar la situación de modo que el particular pueda dirigirse a la persona competente en ejercicio del derecho reconocido en el artículo 231 de la Ley Concursal.

2. Establecido lo anterior es claro que el recurso contra la decisión de la registradora mercantil no puede prosperar. Como pusieron de relieve las resoluciones de este Centro Directivo de fechas 4 y 9 de marzo de 2016, del artículo 232.3 de la Ley Concursal resulta que el Registrador Mercantil debe comprobar «el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231», así como «los datos y documentación aportados por el deudor». Si de la documentación aportada (y del contenido del Registro Mercantil o del Registro Público Concursal, en su caso), resultase que el solicitante carece de la legitimación necesaria para solicitar el nombramiento de mediador concursal o que incurre en alguna de las exclusiones legales, puede el registrador rechazar la solicitud sin perjuicio de la posibilidad de subsanación de la deficiencias observadas y enmendables a que se refiere el mismo precepto.

Entre los requisitos que debe analizar el Registrador Mercantil está la apreciación de su propia competencia, que viene determinada por las características del deudor solicitante tal y como resulta del artículo 232.3 de la Ley concursal que, en lo que ahora interesa dice así: «En caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, se solicitará la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito».

Consecuentemente el registrador debe en primer lugar verificar si el solicitante es empresario o entidad inscribible pues en caso de serlo debe proceder a la apertura de la hoja que corresponda, siempre que proceda el nombramiento de mediador y que el solicitante haya aportado los documentos precisos para ello.

Junto a los sujetos contemplados como empresarios o comerciantes en la legislación mercantil, la Ley Concursal asimila otros sujetos personas físicas cuya competencia para la designación de mediador concursal es atribuida igualmente al Registrador Mercantil. Dice así el artículo 231.1 de la propia Ley en su segundo párrafo: «A los efectos de este título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran

tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos».

Consecuentemente corresponde al Registrador Mercantil la competencia de designación de mediador concursal cuando el solicitante sea persona física que ejerza actividades profesionales, cuando ostente la condición de empresario de acuerdo a la legislación de la Seguridad Social así como cuando ostente la condición de trabajador autónomo.

Si bien estos dos últimos supuestos aparecen en general bien definidos en la legislación aplicable *(vide* arts. 137 y 138.3 en relación con los artículos 305 y 306, todos del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), no ocurre lo mismo con el concepto relativo a la actividad profesional llevada a cabo por persona física que carece de una definición material normativa y que, además, puede solaparse con la condición de autónomo. En cualquier caso, corresponderá al registrador la apreciación de si el solicitante acredita suficientemente la condición de profesional a los efectos de determinar su competencia *(vide* art. 12 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común).

3. A la luz de las consideraciones anteriores esta Dirección General debe rechazar el recurso porque de la documentación aportada no resulta que la solicitante, o su esposo, pues ambos firman la instancia de solicitud, ostenten condición que atribuya competencia al Registrador Mercantil. No nos encontramos ante ninguno de los supuestos a que hacen referencia los preceptos anteriormente reseñados para que la competencia del nombramiento corresponda al Registrador Mercantil. Consecuentemente corresponderá al notario del domicilio del deudor llevar a cabo la designación.

Como resulta del expediente lo cierto es que los interesados así lo hicieron pero al recibir una respuesta negativa sobre la competencia del notario requerido (respuesta negativa que no fue objeto de recurso), reiteraron la solicitud ante el Registro Mercantil. Dadas las consideraciones anteriores esta Dirección General considera que los interesados deben proceder a llevar a cabo una nueva solicitud ante el notario de su domicilio aportando la documentación a que se refiere el artículo 232 de la Ley Concursal.

El notario por su parte debe formar expediente en el que se ha de incluir el conjunto de documentación aportada así como de la documentación que se vaya generando y, al igual que se ha expuesto en los anteriores considerandos, apreciar su propia competencia así como determinar si el deudor solicitante reúne los requisitos precisos para llevar a cabo la solicitud de designación de mediador y si ha aportado la documentación precisa. Apreciada su propia competencia, el notario debe, de conformidad con el artículo 232.3 de la Ley Concursal, poner en conocimiento del administrado la existencia de las deficiencias que observe en la documentación concediéndole el plazo legal para

que las subsane, en su caso. Finalmente el notario ha de dictar resolución estimando o desestimando de forma motivada la pretensión del solicitante notificándola, con pie de recursos, a la persona interesada.

En su virtud esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Almería, don Gustavo Adolfo Moya Mir de fecha 20 de junio de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 18 de octubre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Almería.

Resolución de 18 de octubre de 2016 (2.ª)

En el expediente 5/2016 sobre nombramiento de mediador concursal a instancia de….., en relación a la sociedad «Catedral Center, S.C.».

HECHOS

I

Don ….., actuando en interés de la sociedad «Catedral Center, S.C.», presentó un escrito de fecha 1 de julio de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 13 de julio inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 231 de la Ley Concursal, el nombramiento de un mediador concursal a fin de alcanzar un acuerdo extrajudicial en los términos previstos en dicha Ley.

El solicitante basa su solicitud en el hecho de que «Catedral Center, S.C.» tiene por objeto ser una academia de enseñanza de idiomas y ofrecer servicios de alojamiento y estancia para visitantes y por consiguiente ostenta la condición de empresario a los efectos del título X de la Ley Concursal.

Acompaña copia de la escritura autorizada por el notario de Arcos de la Frontera don Eugenio de Vicente Garzarán el día 4 de mayo de 2012, por la que elevan a público el contrato de sociedad civil de fecha 27 de febrero de 2012. De dicho documento, que consta

incorporado a la escritura pública, resulta que los comparecientes constituyen una sociedad civil para el ejercicio de la actividad empresarial que constituye su objeto consistente en:

a) Academia de enseñanza de idioma.
b) Orientación para alojamiento y estancia de visitantes.

También resulta que la sociedad se regirá, en lo no dispuesto en el propio contrato, «por las prescripciones del Código Civil y demás leyes y disposiciones legales aplicables».

También resulta copia de la resolución estimatoria de aplazamiento de deuda con la Seguridad Social, así como del reconocimiento de deuda con la misma de la sociedad civil con identificador propio y régimen 0111.

II

El Registrador Mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 25 de julio de 2016 por la que acordó la improcedencia del nombramiento solicitado por no ostentar la sociedad solicitante la cualidad de empresario inscribible.

IV

Don ….., actuando en representación de «Catedral Center, S.C.» presentó un escrito de fecha 10 de agosto de 2016 en el Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo entrada el día inmediato posterior, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes motivos: 1.º Que el artículo 232 de la Ley Concursal distingue entre empresarios, que es el supuesto, y entidades inscribibles que es el que utiliza el registrador para denegar la solicitud al considerar que las sociedades civiles no lo son en el Registro. Que el Registro Mercantil obvia el tratamiento que las sociedades civiles tienen desde el 1 de enero del 2016 pues las que explotan una actividad económica, como la que representa, se sujetan al impuesto de sociedades. Que el artículo 7 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre solo excluye a las que no tengan objeto mercantil. Que del contrato de sociedad resulta con claridad que la sociedad se constituyó para el ejercicio de una actividad empresarial conforme a su objeto. Que la resolución de 21 de mayo de 2013 señala que todo contrato de sociedad cuyo objeto sea la realización de actividades empresariales tiene naturaleza mercantil. Que en consecuencia ya sea como empresario ya como sociedad civil apta para ser inscrita, la solicitud es pertinente, amén de que el artículo 232 ofrece a todo deudor la posibilidad de acogerse a su procedimiento. Los artículos 4 y 5 del RRM acentúa la obligatoriedad de la inscripción y que la misma se puede practicar en los casos prevenidos por las Leyes. 2.º Que la solicitud se ha llevado a cabo ante el órgano competente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 47, 48 y 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículo 231 de la Ley Concursal y artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. La única cuestión que se plantea en este expediente consiste en determinar si el Registrador Mercantil es competente para designar mediador concursal cuando el solicitante es una sociedad civil o, si por el contrario, dicha competencia está atribuida al notario correspondiente a su domicilio.

2. Como pusieron de relieve las resoluciones de este Centro Directivo de 4 y 9 de marzo de 2016, resulta del artículo 232.3 de la Ley Concursal, que el registrador Mercantil debe comprobar «el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231», así como «los datos y documentación aportados por el deudor». Solo en el supuesto que de la documentación aportada (y del contenido del Registro Mercantil o del Registro Público Concursal, en su caso), resultase que el solicitante carece de la legitimación necesaria para solicitar el nombramiento de mediador concursal o que incurre en alguna de las exclusiones legales, puede el registrador rechazar la solicitud sin perjuicio de la posibilidad de subsanación de la deficiencias observadas y enmendables a que se refiere el mismo precepto.

Entre los requisitos que debe analizar el registrador Mercantil está la apreciación de su propia competencia, que viene determinada por las características del deudor solicitante tal y como resulta del artículo 232.3 de la Ley Concursal que, en lo que ahora interesa dice así: «En caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, se solicitará la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito».

Consecuentemente el registrador debe en primer lugar verificar si el solicitante es empresario o entidad inscribible pues en caso de serlo debe proceder a la apertura de la hoja que corresponda, siempre que proceda el nombramiento de mediador y que el solicitante haya aportado los documentos precisos para ello.

Junto a los sujetos contemplados como empresarios o comerciantes en la legislación mercantil, la Ley Concursal asimila otros sujetos personas físicas cuya competencia para la designación de mediador concursal es atribuida igualmente al registrador Mercantil. Dice así el artículo 231.1 de la propia Ley en su segundo párrafo: «A los efectos de este título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos».

Corresponde igualmente al registrador Mercantil la competencia de designación de mediador concursal cuando el solicitante sea persona física que ejerza actividades profesionales, cuando ostente la condición de empresario de acuerdo a la legislación de la Seguridad Social así como cuando ostente la condición de trabajador autónomo.

Si bien estos dos últimos supuestos aparecen en general bien definidos en la legislación aplicable *(vid.* arts. 137 y 138.3 en relación con los artículos 305 y 306, todos del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre, por el que se

aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social), no ocurre lo mismo con el concepto relativo a la actividad profesional llevada a cabo por persona física que carece de una definición material normativa y que, además, puede solaparse con la condición de autónomo. En cualquier caso, corresponderá al registrador la apreciación de si el solicitante acredita suficientemente la condición de profesional a los efectos de determinar su competencia *(vid.* art. 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

3. A la vista de las consideraciones anteriores es claro que no procede la estimación del recurso al haber establecido la Ley Concursal la competencia del Registrador Mercantil exclusivamente para los supuestos en ella contemplados.

Tal y como resulta de las normas a que se ha hecho referencia, tratándose de personas jurídicas la competencia del Registrador Mercantil se limita a aquellas que tienen la consideración de «entidades inscribibles», lo que reconduce su determinación al contenido del artículo 16 del Código de Comercio y al artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil (y siempre que no se encuentren dentro de la categoría excluida por el inciso final del artículo 231 de la Ley Concursal).

Del artículo 16 del Código de Comercio resulta con absoluta claridad que tratándose de sociedades civiles solo aquellas que reúnen la cualidad de sociedades civiles profesionales por estar sujetas a la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales tienen la consideración de «entidades inscribibles». De contrario, las sociedades civiles no sujetas a dicha Ley carecen, a los efectos del artículo 231 de la Ley Concursal, del carácter de entidades inscribibles y consecuentemente deben dirigir su solicitud de designación de mediador concursal al notario de su domicilio.

4. Los argumentos expuestos en el escrito de recurso no enervan las consideraciones anteriores. En primer lugar porque la interpretación que hace del artículo 232 de la Ley Concursal es insostenible pues no es cierto que la Ley se limite a distinguir entre empresario por un lado y entidad inscribible por otro, pues la referencia a aquél se hace en cuanto persona natural que por su carácter de empresario puede acceder al Registro Mercantil. Así resulta con toda claridad del propio precepto al vincular tal carácter con la apertura de folio registral y del segundo párrafo del propio artículo 232.3 cuando se refiere a la «persona natural empresario». De la interpretación conjunta de este artículo así como del contenido del segundo párrafo del artículo 231 de la misma norma resulta patente que la competencia de los registradores mercantiles comprende la designación de administradores concursales cuando el solicitante es o bien una persona jurídica inscribible en el Registro Mercantil o bien una persona física que por su carácter de empresario pueda inscribirse en el mismo registro o bien una persona física que, aunque no inscribible en el Registro, se encuentre entre las asimiladas por el segundo párrafo del artículo 231 de la Ley Concursal. Las personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil quedan por tanto fuera de la competencia del registrador.

Resulta irrelevante a los efectos anteriores que la sociedad civil que desarrolla una actividad mercantil tribute por el Impuesto de Sociedades y no por el régimen de atribución como resulta irrelevante el régimen jurídico mercantil que sea de aplicación a una sociedad civil que desarrolle un objeto mercantil. Por la misma causa es irrelevante que la sociedad civil tenga la condición de empresario a los efectos de la Seguridad Social dentro del régimen general por cuanto, como quedó demostrado, el artículo 231.1 de la Ley Concursal restringe la extensión de la competencia al supuesto de personas físicas. Las cuestiones anteriores no influyen en la cuestión que constituye el objeto de este expediente que no se refiere a ninguna de ellas sino a la circunstancia de a quien corresponde designar mediador concursal, cuestión absolutamente desligada de las que plantea el recurrente.

Por último, es indiscutible que todo deudor (salvo los excluidos por la propia norma), tienen derecho a solicitar la apertura de un expediente de acuerdo extrajudicial y nombramiento de mediador concursal. La resolución del registrador impugnada no discute dicha circunstancia como no lo hace esta Dirección General sin perjuicio de que proceda la confirmación de la decisión del registrador por cuanto la competencia viene legalmente atribuida, como queda ampliamente motivado, al notario del domicilio del deudor (art. 232.3 párrafo segundo *in fine* de la Ley Concursal).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 25 de julio de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 18 de octubre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

2.3 Convocatorias de Junta General

Resolución de 7 de marzo de 2016

En el expediente 2/2016 sobre convocatoria de junta general a instancia de un socio de «Café Moai, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 30 de octubre de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 9 de noviembre inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Café Moai, S.L.», la convocatoria de junta general de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Específicamente solicita del registrador Mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de junta general con el orden del día que corresponda.

b) Que designe como presidente de la junta general a celebrar a don …..., notario, y secretario al solicitante.

Junto a la instancia presenta numerosa documentación y un escrito dirigido al Registro Mercantil de Alicante en el que hace una extensa exposición de motivos así como concreta su solicitud en relación al lugar de celebración, al orden del día y solicitud de información a la administración de la sociedad.

II

El registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Alicante, don Francisco Javier Salvador Campderá, procedió a notificar la solicitud a la sociedad mediante oficios de 11 y 17 de noviembre de 2015, ambos infructuosos, así como mediante anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de fecha 7 de diciembre de 2015 en que se pone de manifiesto la existencia de la solicitud y se convoca a la administradora de la sociedad, doña ….., al trámite de audiencia a celebrar en el local del Registro Mercantil de Alicante el día 9 de diciembre de 2015.

Consta en el expediente certificación del registrador Mercantil de la que resulta que el día señalado no compareció representación alguna de la sociedad.

III

El registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Alicante, don Francisco Javier Salvador Campderá, dictó resolución en fecha 9 de diciembre de 2015 por la que acordó desestimar la solicitud del socio. Basa su resolución en el hecho de que, de la documentación aportada por el socio solicitante, resulta el auto de fecha 2 de julio de 2013 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante por el que se rechazó entonces la convocatoria judicial de junta al carecer el solicitante de legitimación por haber enajenado sus participaciones mediante documento privado de fecha 7 de mayo de 2010.

IV

Don ….., por escrito de fecha 8 de enero de 2016, que tuvo entrada el 13 de enero inmediato posterior en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: Primero.–Que la resolución impugnada ignora el conjunto de documentos aportados con la solicitud y especialmente la sentencia 155/2015 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Benidorm de fecha 7 de octubre de 2015 así como dos actas notariales, dos designaciones de auditor del propio Registro Mercantil, una designación de la Dirección General de los Registros y del Notariado y otros, y Que es una contradicción del registrador que si no considera como socio al solicitante cite a la administradora de la sociedad y espere hasta el último día para emitir su resolución (sic); Segundo.–Que el registrador Mercantil falta a la verdad, arrogándose competencias superiores a lo de los jueces, cuando llega a la conclusión de que el solicitante no es socio asumiendo las afirmaciones del auto del Juzgado de lo Mercantil que está basado en meras suposiciones; Que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia concluye que la administradora está obligada a pagar determinada cantidad por las participaciones del solicitante; concluye igualmente que no cabe condenar al otorgamiento de la escritura pública de compraventa por cuanto dicha obligación solo será exigible cuando la demandada haya abonado íntegramente las cantidades debidas; Que al igual que el Juzgado de lo Mercantil carece de competencia para interpretar el documento privado tampoco la tiene el registrador, y Que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia declara claramente que el solicitante es propietario de las participaciones sociales hasta que le sean debidamente pagadas; Tercero.–Que la resolución es contraria a anteriores resoluciones del Registro Mercantil y de la Dirección General de los Registros y del Notariado que le reconocen la condición de socio; Cuarto.–Que, de acuerdo a la jurisprudencia de los tribunales, corresponde a la jurisdicción civil y no a la mercantil pronunciarse sobre el contrato privado de compraventa de participaciones por lo que de igual modo no puede el registrador Mercantil pronunciarse al respecto, y Quinto.–Que, como resulta del artículo 13 de la Ley de Sociedades de Capital y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de marzo de 2005, 21 de febrero de 2011 y 9 de marzo de 2015, es precisa la publicidad registral para que se produzcan los efectos de la unipersonalidad.

Se acompaña al escrito de recurso de la denuncia presentada ante el Juzgado de Instrucción de Benidorm por el solicitante contra la persona de la administradora de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 68, 78, 79, 84, 107, 113 y 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital; 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y la Resolución de contestación a consulta de 20 de noviembre de 2015 así como las Resoluciones citadas en el texto.

1. El artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital dice así: «1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social. 2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social».

Con el fin de enmarcar adecuadamente este expediente, que por la novedad de la regulación introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, puede suscitar lógicas dudas, es preciso que esta Dirección General se pronuncie, con carácter previo, sobre tres cuestiones que resultan esenciales: el objeto del procedimiento, su naturaleza así como el conjunto normativo que le sea de aplicación.

2. Objeto del expediente. El objeto de este expediente no reside en resolver las numerosas cuestiones que las partes involucradas, de forma muy extensa, han puesto de manifiesto de modo reiterado en los distintos escritos que sean presentados y a que se hace referencia en los hechos. Esta puntualización resulta de especial importancia en un supuesto como el planteado en el expediente en que la existencia de un conflicto social entre el socio que realiza la solicitud y los miembros del órgano de administración que se oponen resulta evidente.

Conviene por tanto aclarar desde el primer momento que el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de junta general de sociedad de capital por el registrador Mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Consecuentemente, no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son

ajenas a su naturaleza y objeto, como son las siguientes: La validez de las inscripciones practicadas en el Registro Mercantil, la valoración de la conducta de las partes involucradas y las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse, la validez de los acuerdos adoptados por los órganos sociales que no constituyan el objeto directo del expediente o la valoración de si los puntos del orden del día contenidos en la solicitud pueden dar lugar a acuerdos inscribibles o no. Ninguna de dichas cuestiones o de otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle. Lo que no puede pretender es que esta Dirección General asuma la defensa de su posición jurídica en un procedimiento, como el presente, limitado tanto por su materia como por sus medios de conocimiento.

3. Naturaleza del procedimiento. La atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de junta general de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el título tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica *(vid.* Resolución de 16 de julio de 2015), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del registrador Mercantil decla-

rando la procedencia de la convocatoria de junta general no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo no previsto por una norma específica.

La misma doctrina es aplicable al expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores o la de gestionar el denominado código identificador de entidades jurídicas, la de convocar juntas generales no es una función de calificación.

4. Normativa aplicable. La ausencia de un procedimiento registral específico para que el registrador Mercantil lleve a cabo el ejercicio de su competencia, a la espera de una futura reforma del Reglamento del Registro Mercantil, ha sido objeto de atención por esta Dirección General de los Registros y del Notariado que en su Resolución de contestación de consulta de 20 de noviembre de 2015, ha recordado que en relación al procedimiento que debe seguirse para tramitar expedientes desjudicializados de Jurisdicción Voluntaria por el Registrador Mercantil suele existir en la Ley, en los distintos expedientes, una remisión expresa a lo previsto para ello en el Reglamento del Registro Mercantil. Así, en el artículo 40 del Código de Comercio; artículos 139 y 140 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 377 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 381.2 y artículo 422 de la Ley de Sociedades de Capital. Falta sin embargo remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil en los supuestos de convocatoria de junta por el registrador *(cfr.* arts. 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital) o en la separación y sustitución de liquidadores (arts. 380 y 389 de la Ley de Sociedades de Capital). La omisión reseñada no obstante es salvable: también en estos casos de ausencia de una remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil debemos entender que se aplicará el procedimiento que allí estuviere contemplado. De hecho, en materia de convocatoria registral de junta, nada se dice sobre las normas a las que se ajustará el procedimiento y, sin embargo, en sede de convocatoria de asamblea el artículo 422.3 de la Ley de Sociedades de Capital sí se contiene una expresa remisión al Reglamento del Registro Mercantil.

Mientras no se dicte un nuevo Reglamento del Registro Mercantil habrá que aplicar las reglas de procedimiento que por su función y naturaleza sean idóneas. El modelo de referencia de procedimiento registral que debe servir

de marco para tramitar estos expedientes es el establecido en el capítulo II del título III, del nombramiento de expertos y de auditores de cuentas, artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y muy especialmente, habida cuenta que debe darse traslado a la sociedad y debiéndose permitir al empresario o sociedad formular oposición, lo establecido en cuanto a auditores en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

A diferencia del procedimiento previsto en materia de nombramiento de expertos independientes por el registrador Mercantil (en que solo se contempla la posibilidad de formular oposición en el caso de la recusación del nombrado), en el de nombramiento de auditores siempre ha existido un trámite por escrito de audiencia que permite ventilar la contradicción dentro del procedimiento. Se trata de una controversia que carece de relevancia contenciosa en los términos del artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y que, a diferencia de lo previsto en la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no obliga a acudir a la jurisdicción contenciosa *(vid.* art. 17.3.2.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Se aplicarán, en primer lugar, las reglas particulares del procedimiento previsto en materia de auditores (que contiene un mecanismo procedimental para solventar la audiencia de la sociedad) contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. En lo no previsto, cabe la aplicación supletoria de primer grado de lo establecido en el propio Reglamento del Registro Mercantil en materia de nombramiento de expertos independientes *(vid.* art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil). Hay una aplicación supletoria de segundo grado de lo establecido en el procedimiento registral común e hipotecario *(vid.* art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil sobre remisión al Reglamento Hipotecario) y, en fin, en lo no previsto aún, cabe entender con la doctrina Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de expedientes de expertos y auditores, que existe una supletoriedad de tercer grado de la legislación acerca del procedimiento administrativo común.

5. Requisitos de aplicación del artículo 169. Establecido el objeto, la naturaleza de este expediente y el marco normativo aplicable, resta por analizar los requisitos que la Ley de Sociedades de Capital exige para que el registrador Mercantil pueda llevar a cabo la convocatoria de junta general. De acuerdo con el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital transcrito más arriba, dos son los requisitos que deben ponerse de manifiesto en el expediente registral: que la convocatoria sea solicitada por un socio de la sociedad y que el registrador de audiencia al órgano de administración. Aún queda un presupuesto adicional, que la junta general no haya sido debidamente convocada en el plazo legal o estatutariamente previsto, circunstancia que no siempre resultará del Registro y que, en su caso, podrá ser puesta de manifiesto a lo largo de la tramitación del expediente.

En el supuesto del número dos del precepto es igualmente requisito adicional que el órgano de administración no haya atendido la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, circunstancia que deberá resultar del expediente.

En relación al requisito de la audiencia al órgano de administración y como ha puesto de relieve la Resolución de consulta de 20 de noviembre de 2015, se trata de un requisito indispensable que el Registrador Mercantil debe llevar a cabo aun cuando el órgano de administración de la sociedad se encuentre caducado en base a la doctrina jurisprudencial del administrador de hecho y de la persistencia de su obligación de velar por el interés social.

Por lo que se refiere a la legitimación activa para iniciar el procedimiento, el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital la reconoce a cualquier persona física o jurídica que ostente la cualidad de socio. Como resulta de la consolidada doctrina de esta Dirección General en materia de nombramiento de auditor a instancia de socio minoritario (art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), la ausencia de rigor formal en la tramitación del expediente permite a quien reclama tal condición ponerla de manifiesto por cualquier medio de prueba y a la sociedad, en su caso, refutarla. La cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo que ha entendido suficiente, a los efectos de justificar la condición de socio, 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 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 (vid. Resoluciones de 11 de marzo, 30 de julio, 12 de septiembre de 2014 y 11 de marzo de 2015 entre otras muchas, así como el apartado sexto de la Resolución de consulta de 20 de noviembre de 2015).

6. En el expediente que da lugar a la presente la única cuestión que se suscita es si el solicitante ha acreditado debidamente su condición de socio de la sociedad, puesto de que de la propia documentación por él aportada resulta la circunstancia puesta de manifiesto en la resolución del registrador Mercantil objeto de impugnación.

De dicha documentación resulta que, como pone de relieve la resolución, existe un auto de 2 de julio de 2013 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante por el que entonces se rechazó su solicitud de convocatoria de junta por entender que se habían enajenado sus participaciones sociales mediante determinado contrato privado.

Tiene razón no obstante el recurrente, que utiliza un lenguaje en su escrito de recurso absolutamente impropio y que desborda por completo el ejercicio del derecho de defensa al imputar conductas incluso de índole penal, cuando afirma que de la aportación de otro documento, la sentencia 155/2015 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Benidorm de fecha 7 de octubre de 2015, puede deducirse una situación contraria sobre el alcance y contenido del mencionado contrato privado de venta de participaciones.

De lo anterior no resulta sin embargo con carácter indubitado que el solicitante ostente la condición de socio que reclama. Como ha reiterado esta Dirección General (Resoluciones en materia de auditores de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), 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 para discutir como ahora se hace si el solicitante ha enajenado o no el conjunto de su participación en la sociedad. El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida este siendo ejercitada por los tribunales impide que esta Dirección General se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto.

En el caso presente, acreditado en el expediente que con anterioridad a la presentación de la solicitud en el Registro Mercantil de Alicante, existía litispendencia en torno a la legitimación por haberse planteado ante el Juzgado competente demanda sobre el incumplimiento de determinado contrato de los que depende aquella, 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 sobre incumplimiento contractual, la decisión del registrador Mercantil de Alicante quedaría definitivamente confirmada y viceversa.

Concluyendo, acreditado en el expediente la existencia de una demanda que, de prosperar, determinaría la existencia de un interés protegible en los términos del artículo 169.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital procede la suspensión del procedimiento en tanto no recaiga sentencia firme de la que resulte la concurrencia o no del requisito de legitimación alegado por la parte solicitante.

De acuerdo a las consideraciones anteriores esta Dirección General resuelve:

1.º Se deja sin efecto la resolución del registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Alicante, don Francisco Javier Salvador Campderá, de fecha 9 de diciembre de 2015.

2.º Se retrotrae el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento anterior a la resolución que se deja sin efecto, con el fin de que el registrador Mercantil, una vez se le ponga de manifiesto por la parte intere-

sada un pronunciamiento judicial firme en relación a la legitimación activa del solicitante, resuelva lo que proceda de conformidad con la doctrina expuesta más arriba.

3.º Devolver el expediente al registrador Mercantil a fin de que se lleven a cabo las anteriores diligencias.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en los términos que resultan de las consideraciones anteriores y revocar la resolución del registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Alicante, don Francisco Javier Salvador Campderá, de fecha 9 de diciembre de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 9 de marzo de 2016

En el expediente 3/2016 sobre convocatoria de junta general a instancia de un socio de «Herbania, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., actuando en representación, como consejero delegado, de la mercantil «Promotora de Negocios e Inversiones Canarias, S.L.» presentó un escrito de fecha 10 de noviembre de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, en el que tuvo su entrada el día inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Herbania, S.A.», la convocatoria de junta general de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud resulta:

a) Que la sociedad «Promotora de Negocios e Inversiones Canarias, S.L.» («Proninca, S.L.»), es titular de un 50,17% del capital de la sociedad «Herbania S.A.».

b) Que la sociedad «Promotora de Negocios e Inversiones Canarias, S.L.» requirió notarialmente al órgano de administración de «Herbania, S.A.» con el objeto de que llevase a cabo convocatoria de junta general sin que se haya llevado a cabo.

Específicamente solicita del registrador Mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de junta general a celebrar en el término municipal del domicilio social, señalando día, hora y lugar de celebración para la primera y segunda convocatoria y con el orden del día que se recoge (que se afirma es coincidente con el que se incluyó en el requerimiento notarial a que se ha hecho referencia).
b) Que la convocatoria se lleve a cabo mediante remisión a los socios de carta certificada con acuse de recibo o burofax con un mes de antelación a la fecha designada.
c) Que designe como presidente y secretario de la junta general a celebrar.
d) Que acuerde designar fedatario público para que asista a la junta en los términos del artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital.
e) Que se notifique la solicitud tanto a la sociedad como a los miembros del consejo de administración en el domicilio social.

II

Don ….., actuando en representación de la sociedad, como administrador de la misma, se opuso a la pretensión del socio alegando: Primero.–Que no se da el supuesto de hecho previsto en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto recibido el requerimiento notarial a que hace referencia la solicitud relativo a convocatoria de junta, el presidente del consejo de administración lo convocó con dicha finalidad; Que el representante en el consejo de la sociedad solicitante, «Proninca, S.L.», contestó a la convocatoria afirmando que debido a los ceses producidos el consejo no podía constituirse por lo que no asistiría a la reunión convocada; Que a la luz de lo anterior, el consejo decidió no entrar en el análisis del punto del orden del día relativo a la convocatoria de junta hasta que por parte del solicitante se aclarase si reconocía o no la existencia del consejo de administración y su capacidad para reunirse y adoptar acuerdos; Que de todo ello resulta que no se cumplen los requisitos del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto no cabe entender que el requerimiento realizado en base al artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital ha quedado desatendido al no existir inactividad imputable o reprochable al órgano de administración habiendo sido el propio solicitante el que tácitamente ha desistido de su solicitud al no asistir a la reunión del consejo, y Que además si «Proninca, S.L.» entiende que el consejo no puede constituirse debería haber acudido a la vía del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital; Segundo.–Que la junta convocada judicialmente y celebrada el día 19 de marzo de 2014 acordó la disolución de la sociedad habiendo sido inscrito en el Registro Mercantil dicho acuerdo (sin nombramiento de liquidadores), por lo que cesado el órgano de administración no puede discutirse el orden del día propuesto que incluye la propuesta de cese de órgano de administración, modificación del sistema de administración y designación de administrador único y ello sin perjuicio de que los administradores cesados pero actuando conforme al artículo 374.2 de la Ley de Sociedades de Capital, convoquen junta con el único objeto de que sean designados liquidadores; Tercero.–Que tampoco pueden discutirse los puntos del orden del día señalados con los números primero, tercero y quinto, relativos a la aprobación de las cuentas de los ejercicios 2012, 2013 y 2014 por cuanto dichas cuentas ya fueron sometidas a aprobación de junta y no fueron aprobadas con el voto en contra de «Proninca, S.L.» por lo que siendo preceptivo que las cuentas a probar deben estar a disposición de los socios que las reclamen (art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital), no puede convocarse junta sin que antes se identifiquen debidamente a qué

cuentas se refiere la convocatoria; Cuarto.–Que tampoco pueden discutirse los puntos del orden del día números segundo, cuarto, sexto y séptimo por cuanto estando disuelta la sociedad aunque no se hayan nombrado liquidadores, resulta posible pero carece de lógica, someter a votación la censura de la gestión social de los ejercicios 2012, 2013 y 2014 y no es posible entrar a votar el cese y nombramiento de administradores por ser incompatible con la situación social. No existiendo designados liquidadores la junta no puede modificar la situación legal de liquidación abierta con la disolución sin perjuicio de que los actuales administradores en funciones convoquen junta con el único objeto de designar liquidadores y solo sino lo llevan a cabo en un plazo razonable procedería que el socio instare la convocatoria de junta por el registrador Mercantil, y Quinto.–Que el hecho de que en la junta general convocada judicialmente y celebrada el día 14 de marzo de 1998 no se llevase a cabo la designación de liquidadores, pese a estar previsto en el orden del día, puede tener la consecuencia de que los administradores actuales sigan obligados a prestar su colaboración en la operaciones de liquidación *ex* artículo 374.2 de la Ley de Sociedades de Capital, pero también cabe entender que por aplicación directa del artículo 376 del mismo cuerpo legal, se han convertido automáticamente en liquidadores.

Don ….., actuando como presidente del consejo de administración, presenta escrito de oposición de fecha 26 de noviembre de 2015, en el que se adhiere a los anteriores argumentos de don ….. adjuntando determinada documentación y añadiendo que una solicitud similar a la que se discute fue formulada y rechazada por el consejo de administración en su sesión de 13 de abril de 2015.

Don ….., en la misma condición más arriba expuesta, presenta escrito de fecha 4 de diciembre de 2015 por el que trae al expediente copia del acta del Consejo de Administración de fecha 9 de noviembre de 2015.

III

El registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Las Palmas de Gran Canaria, don Adolfo Calandria Amigueti, dictó resolución en fecha 7 de diciembre de 2015 por la que acordó estimar la oposición y desestimar la solicitud del socio.

IV

Don ….., en el mismo concepto en que presentó la solicitud, por escrito de fecha 8 de enero de 2016, que tuvo entrada el día 11 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: Primero.–Que la resolución del registrador Mercantil infringe la consolidada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado relativa a la obligación de las sociedades disueltas a formular, presentar y depositar sus cuentas en el Registro Mercantil (con cita de resoluciones); Que de este modo se está privando a la sociedad de cumplir sus obligaciones, y Que a lo anterior hay que añadir que la resolución impugnada propone un orden del día alternativo al solicitado sin que dicha circunstancia pueda llevarlo a cabo (citando la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 10 de mayo de 2004), y Segundo.–La resolución infringe la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado de evitar la acefalia de la sociedad (con cita de Resoluciones), y por la que se permite la toma de decisiones en relación al nombramiento de órgano de administración aunque la propuesta no se encuentre incluida en el orden del día.

V

Por escrito de fecha 16 de febrero de 2016, don ….., y don ….., en representación de la sociedad «Herbania, S.A.», en liquidación, solicitan la inadmisibilidad del recurso presentado o, subsidiariamente, su desestimación en base a los siguientes argumentos: Primero.–Que el recurrente basa su pretensión de recurso en la previsión del artículo 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria los cuales se refieren a la impugnación de las calificaciones negativas de los registradores pero no habilitan para formular recurso contra las resoluciones de los registradores dictadas al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital. La Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria no ha contemplado la posibilidad de recurso contra la resolución del registrador sin perjuicio de que el interesado acuda a solicitar convocatoria ante el letrado de la Administración de Justicia y frente a ella, en su caso, plantee el recurso previsto en su artículo 20; Segundo.–Que en cualquier caso la resolución es conforme a Derecho por lo que procede desestimar el recurso por cuanto, en primer lugar, el registrador se ha limitado a comprobar que no concurren los requisitos legales al estar disuelta la sociedad y no poderse llevar a cabo una convocatoria que sea contraria a dicha situación, inscrita en el Registro Mercantil. Tercero.–Que el órgano de administración en funciones ya ha procedido a la convocatoria de junta como es de ver en el acta, que se acompaña, de su reunión de 12 de enero de 2016, con el objeto de proceder al nombramiento de liquidadores; Cuarto.–Que la inscripción que resulta del Registro Mercantil es conforme a derecho pues es posible inscribir la disolución aun cuando no hubiera en su día nombramiento de liquidadores; Quinto.–Que la convocatoria que ha realizado el consejo de administración deja sin efecto la solicitud del socio; Que así resulta de los propios actos del solicitante que por requerimiento de 12 de enero de 2016 ha solicitado nueva convocatoria de junta, acto posterior que deja sin objeto la anterior solicitud, y Que la misma sociedad ha solicitado en fecha 11 de febrero de 2016 complemento de convocatoria a la realizada por el consejo de administración, y Sexto.–Que se reiteran las alegaciones en su día formuladas sobre la falta de concurrencia de los requisitos del artículo 168 y 169 de la Ley de Sociedades de Capital, sobre la situación de liquidación de la sociedad y sobre la convocatoria en base a los puntos primero, tercero y quinto del orden del día de la solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 68, 78, 79, 84, 107, 113 y 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital; 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las Resoluciones citadas en el texto.

1. El artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital dice así: «1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social. 2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la

convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social».

Con el fin de enmarcar adecuadamente este expediente, que por la novedad de la regulación introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, puede suscitar lógicas dudas, es preciso que esta Dirección General se pronuncie, con carácter previo, sobre tres cuestiones que resultan esenciales: el objeto del procedimiento, su naturaleza así como el conjunto normativo que le sea de aplicación.

2. Objeto del expediente. El objeto de este expediente no reside en resolver las numerosas cuestiones que las partes involucradas, de forma muy extensa, han puesto de manifiesto de modo reiterado en los distintos escritos que sean presentados y a que se hace referencia en los hechos. Esta puntualización resulta de especial importancia en un supuesto como el planteado en el expediente en que la existencia de un conflicto social entre el socio que realiza la solicitud y los miembros del órgano de administración que se oponen resulta evidente.

Conviene por tanto aclarar desde el primer momento que el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de junta general de sociedad de capital por el registrador Mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Consecuentemente, no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como son las siguientes: La validez de las inscripciones practicadas en el Registro Mercantil, la valoración de la conducta de las partes involucradas y las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse, la validez de los acuerdos adoptados por los órganos sociales que no constituyan el objeto directo del expediente o la valoración de si los puntos del orden del día contenidos en la solicitud pueden dar lugar a acuerdos inscribibles o no. Ninguna de dichas cuestiones o de otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle. Lo que no puede pretender es que esta Dirección General asuma la defensa de

su posición jurídica en un procedimiento, como el presente, limitado tanto por su materia como por sus medios de conocimiento.

3. Naturaleza del procedimiento. La atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de junta general de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el título tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica *(vid.* Resolución de 16 de julio de 2015), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia de la convocatoria de junta general no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo no previsto por una norma específica.

La misma doctrina es aplicable al expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores o la de gestionar el denomi-

nado código identificador de entidades jurídicas, la de convocar juntas generales no es una función de calificación.

4. Normativa aplicable. La ausencia de un procedimiento registral específico para que el registrador Mercantil lleve a cabo el ejercicio de su competencia, a la espera de una futura reforma del Reglamento del Registro Mercantil, ha sido objeto de atención por esta Dirección General de los Registros y del Notariado que en su resolución de contestación de consulta de 20 de noviembre de 2015, ha recordado que en relación al procedimiento que debe seguirse para tramitar expedientes desjudicializados de Jurisdicción Voluntaria por el registrador Mercantil suele existir en la Ley, en los distintos expedientes, una remisión expresa a lo previsto para ello en el Reglamento del Registro Mercantil. Así, en el artículo 40 del Código de Comercio; artículos 139 y 140 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 377 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 381.2 y artículo 422 de la Ley de Sociedades de Capital. Falta sin embargo remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil en los supuestos de convocatoria de junta por el registrador *(cfr.* arts. 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital) o en la separación y sustitución de liquidadores (arts. 380 y 389 de la Ley de Sociedades de Capital). La omisión reseñada no obstante es salvable: también en estos casos de ausencia de una remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil debemos entender que se aplicará el procedimiento que allí estuviere contemplado. De hecho, en materia de convocatoria registral de junta, nada se dice sobre las normas a las que se ajustará el procedimiento y, sin embargo, en sede de convocatoria de asamblea el artículo 422.3 de la Ley de Sociedades de Capital sí se contiene una expresa remisión al Reglamento del Registro Mercantil.

Mientras no se dicte un nuevo Reglamento del Registro Mercantil habrá que aplicar las reglas de procedimiento que por su función y naturaleza sean idóneas. El modelo de referencia de procedimiento registral que debe servir de marco para tramitar estos expedientes es el establecido en el capítulo II del título III, del nombramiento de expertos y de auditores de cuentas, artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y muy especialmente, habida cuenta que debe darse traslado a la sociedad y debiéndose permitir al empresario o sociedad formular oposición, lo establecido en cuanto a auditores en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

A diferencia del procedimiento previsto en materia de nombramiento de expertos independientes por el registrador Mercantil (en que solo se contempla la posibilidad de formular oposición en el caso de la recusación del nombrado), en el de nombramiento de auditores siempre ha existido un trámite por escrito de audiencia que permite ventilar la contradicción dentro del procedimiento. Se trata de una controversia que carece de relevancia contenciosa en los términos del artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y que, a diferencia de lo previsto en la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no

obliga a acudir a la jurisdicción contenciosa *(vid.* art. 17.3.2.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Se aplicarán, en primer lugar, las reglas particulares del procedimiento previsto en materia de auditores (que contiene un mecanismo procedimental para solventar la audiencia de la sociedad) contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. En lo no previsto, cabe la aplicación supletoria de primer grado de lo establecido en el propio Reglamento del Registro Mercantil en materia de nombramiento de expertos independientes *(vid.* art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil). Hay una aplicación supletoria de segundo grado de lo establecido en el procedimiento registral común e hipotecario *(vid.* art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil sobre remisión al Reglamento Hipotecario) y, en fin, en lo no previsto aún, cabe entender con la doctrina Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de expedientes de expertos y auditores, que existe una supletoriedad de tercer grado de la legislación acerca del procedimiento administrativo común.

5. Requisitos de aplicación del artículo 169. Establecido el objeto, la naturaleza de este expediente y el marco normativo aplicable, resta por analizar los requisitos que la Ley de Sociedades de Capital exige para que el Registrador Mercantil pueda llevar a cabo la convocatoria de junta general. De acuerdo con el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital transcrito más arriba, dos son los requisitos que deben ponerse de manifiesto en el expediente registral: que la convocatoria sea solicitada por un socio de la sociedad y que el registrador de audiencia al órgano de administración. Aún queda un presupuesto adicional, que la junta general no haya sido debidamente convocada en el plazo legal o estatutariamente previsto, circunstancia que no siempre resultará del Registro y que, en su caso, podrá ser puesta de manifiesto a lo largo de la tramitación del expediente.

En el supuesto del número dos del precepto es igualmente requisito adicional que el órgano d administración no haya atendido la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, circunstancia que deberá resultar del expediente.

En relación al requisito de la audiencia al órgano de administración y como ha puesto de relieve la Resolución de consulta de 20 de noviembre de 2015, se trata de un requisito indispensable que el registrador Mercantil debe llevar a cabo aun cuando el órgano de administración de la sociedad se encuentre caducado en base a la doctrina jurisprudencial del administrador de hecho y de la persistencia de su obligación de velar por el interés social.

Por lo que se refiere a la legitimación activa para iniciar el procedimiento, el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital la reconoce a cualquier persona física o jurídica que ostente la cualidad de socio. Como resulta de la consolidada doctrina de esta Dirección General en materia de nombramiento de auditor a instancia de socio minoritario (art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), la ausencia de rigor formal en la tramitación del expediente per-

mite a quien reclama tal condición ponerla de manifiesto por cualquier medio de prueba y a la sociedad, en su caso, refutarla. La cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo que ha entendido suficiente, a los efectos de justificar la condición de socio, la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que el solicitante no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende *(vid.* Resoluciones de 11 de marzo, 30 de julio, 12 de septiembre de 2014 y 11 de marzo de 2015 entre otras muchas, así como el apartado sexto de la Resolución de consulta de 20 de noviembre de 2015).

6. A la luz de las consideraciones anteriores el recurso debe prosperar. Como resulta de la propia resolución impugnada el registrador Mercantil considera que todos los requisitos exigibles de acuerdo al artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital se han acreditado debidamente y basa su resolución negativa exclusivamente en el hecho de que, a su juicio, el orden del día debería haber sido otro y, en concreto, aquel que hubiese previsto con carácter previo el nombramiento de liquidadores.

Sin embargo, y como por extenso ha quedado expuesto, el objeto de este expediente no viene constituido por la determinación de si el orden del día solicitado es acorde o no con la situación registral ni tampoco la determinación de si el acuerdo adoptado tras su consideración, en su caso, podrá o no acceder a los libros del Registro. El acuerdo adoptado de conformidad al orden del día solicitado, debidamente elevado a público en su caso y presentado a inscripción por quien a ello está obligado, deberá ser objeto de calificación por el Registrador Mercantil y será en dicho ámbito en el que deberá resolver lo que proceda de conformidad con el estado del Registro y el contenido del documento (art. 18 del Código de Comercio). Mientras que dicha situación no se produzca no se puede prejuzgar, en un ámbito que es ajeno a dicha pretensión, cuál haya de ser la decisión que al respecto corresponda. Procede en consecuencia la revocación de la resolución del registrador Mercantil quien deberá proceder de conformidad con la solicitud del socio.

7. Aunque de las consideraciones más arriba expuestas resulta con claridad la posición de esta Dirección General y con el fin de no dejar sin contestación las alegaciones llevadas a cabo por la sociedad, es preciso afirmar, en primer lugar, la plena admisibilidad del recurso. El hecho de que el escrito de impugnación se refiera a los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria

carece del alcance que pretende la sociedad *(vid.* art. 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), especialmente en un procedimiento tan novedoso como el presente. Como ha quedado expuesto por extenso, la resolución por la que el registrador Mercantil estima o no la solicitud de convocatoria de junta general al amparo de la previsión del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital puede ser objeto de recurso de conformidad con las normas aplicables que, a falta del oportuno desarrollo reglamentario y en tanto el mismo no se produzca, son las contempladas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, con carácter específico, el artículo 354 de dicho Reglamento que prevé la posibilidad de interponer recurso ante esta Dirección General en el plazo de quince días desde la notificación de la resolución. Afirmar, como hace el escrito de alegaciones presentado por la sociedad, que contra la resolución del registrador Mercantil desestimando la convocatoria solicitada no cabe recurso alguno es inadmisible. El principio general de que contra toda resolución dictada en el ámbito administrativo cabe recurso solo se excepciona cuando así lo dispone expresamente la Ley *(vid.* art. 107 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación al artículo 170.3 de la Ley de Sociedades de Capital para el supuesto de resolución estimatoria).

Es preciso también dejar constancia de que, en contra de lo afirmado por dicho escrito de alegaciones, resulta del expediente que la sociedad no atendió oportunamente el requerimiento del socio para que se convocara junta general. La afirmación de que dicha cuestión se discutió en consejo que decidió no tomarla en consideración no enerva el hecho de que la solicitud no fue «atendida oportunamente», atención que solo se satisface convocando la junta general, de donde resulta la legitimación del socio para solicitar la convocatoria en la forma prevista en el artículo 169. Entender lo contrario supone dejar el ejercicio de este derecho individual concedido al socio al albur del obligado a su cumplimiento.

Tampoco puede acogerse la afirmación de que la convocatoria que ha llevado a cabo el consejo de administración en fecha 12 de enero de 2016 deja sin contenido la solicitud llevada a cabo por el socio o que el hecho de que haya solicitado en esta nueva convocatoria complemento implica un desistimiento de la solicitud que ha dado lugar a este expediente. Es evidente que no es así pues ni el hecho de que el consejo haya realizado nueva convocatoria con el orden del día que ha tenido por conveniente ni el hecho de que el socio, en uso del derecho que le reconoce el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital, haya solicitado complemento priva a este del que le reconoce el artículo 169 de la propia Ley. El razonamiento del escrito de alegaciones lleva nuevamente a la insostenible conclusión de que la subsistencia de un derecho individual del socio queda en manos del obligado a su cumplimiento. En tanto no conste en este expediente que el solicitante ha desistido de su pretensión *ex*

artículo 90 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no puede ser considerado como desistido.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Las Palmas de Gran Canaria, don Adolfo Calandria Amigueti, de fecha 7 de diciembre de 2015.

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

Madrid, 9 de marzo de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Las Palmas de Gran Canaria.

Resolución de 1 de abril de 2016

En el expediente 4/2016 sobre convocatoria de junta general a instancia de un socio de «Otamar Estaciones de Servicios y Suministros, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 17 de noviembre de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia titular del 50% de la mercantil «Otamar Estaciones de Servicios y Suministros, S.L.», la convocatoria de junta general de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta:

a) Que mediante acta de requerimiento autorizada por el notario de Tui, don Jesús María Rodríguez Enríquez, el día 21 de septiembre de 2015, que acompaña, se requirió al administrador de la sociedad para que llevase a cabo la convocatoria de junta general con el siguiente orden del día: «1. Examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2013, de la aplicación del resultado y de la gestión

del órgano de administración. 2. Examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2014, de la aplicación del resultado y de la gestión del órgano de administración».

b) Del acta de la junta general y universal de la sociedad, que acompaña, de fecha 16 de julio de 2015 resulta el siguiente orden del día: «Primero.–Examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales y de la gestión del órgano de administración correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2013. Segundo.–Aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2013. Tercero.–Examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales y de la gestión del órgano de administración correspondiente al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2014. Cuarto.–Aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2014…».

Del acta citada y aportada resulta que ninguno de los anteriores puntos del orden del día fueron aprobados.

Específicamente solicita del registrador Mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de junta general con el orden del día propuesto.

b) Que designe como presidente de la junta general a celebrar a doña ….. o quien le represente en la referida junta general.

II

El administrador único de la sociedad, don ….., se opuso a la pretensión del socio alegando: Primero.–Que la junta general de la sociedad celebrada el 16 de julio de 2016 trató exactamente los mismos asuntos que ahora se solicitan y para los mismos ejercicios; Segundo.–Que no se ha llevado a cabo la convocatoria solicitada por dicho motivo y porque la solicitud en estas circunstancias supone una utilización torticera del derecho a solicitar convocatoria de junta general, y Que, de lo anterior, resulta que la socia no actúa movida por los intereses generales, sino por sus intereses particulares; Tercero.–Que, celebrada la junta con el resultado sabido, no queda sino acudir a los órganos judiciales si se desea impugnarla; Cuarto.–Que la sociedad ha utilizado el mecanismo previsto en el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil para evitar el cierre del folio registral, y Quinto.–Que este es el sentido de las decisiones judiciales contenidas en el auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de fecha 27 de mayo de 2005, dictado en el rollo de apelación número 2018/2005, y en el auto, de fecha 25 de mayo de 2004, de la Audiencia Provincial de Cádiz dictado en el rollo de apelación número 215/2004.

III

La registradora Mercantil y de Bienes Muebles II de Pontevedra, doña Ana María López Rodríguez, dictó resolución, en fecha 23 de diciembre de 2015, por la que acordó estimar la oposición y desestimar la solicitud de la socia.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 22 de enero de 2016, que tuvo entrada en el Registro General del Ministerio de Justicia el día 25 de enero de 2016 (con sello de imposición de Correos de fecha 22 de enero de 2015), y el día 1 de febrero de 2016 en el Registro Mercantil de Pontevedra, interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución, en

base a los siguientes argumentos: Primero.–Que, de conformidad con el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital, la junta general ordinaria debe reunirse para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas anuales y la aplicación del resultado, y Que, en la reunión de 16 de julio de 2015, no fue adoptado ningún acuerdo, como resulta del acta aportada, por lo que, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, las cuentas deben reelaborarse y someterse de nuevo a la junta general, constituyendo un deber de los administradores así hacerlo; Segundo.–Que es cierto que la junta ordinaria fue convocada y celebrada, si bien, al no aprobarse las cuentas, y ante la falta de nueva convocatoria por parte del administrador, el socio puede solicitar su convocatoria con el orden del día que estime conveniente y, desde luego, con el que comprende la aprobación de las cuentas anuales, que no lo han sido anteriormente; de otro modo, se dejaría al libre albedrío del órgano de administración la gestión de la sociedad y el control de la sociedad, convirtiendo en ilusorios los derechos del socio; lo contrario implicaría liberar al órgano de administración de su deber de diligencia y de someter su gestión a la aprobación de los socios cuando el sentido de la Ley es el contrario, y Tercero.–Que las resoluciones judiciales a que se refiere la resolución de la registradora no son aplicables al supuesto de hecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 68, 78, 79, 84, 107, 113 y 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital; 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las Resoluciones citadas en el texto.

1. Se plantea en este expediente si procede o no la convocatoria por la registradora Mercantil de junta general a instancia de una socia de una sociedad de capital cuando se produce la circunstancia de que el orden del día propuesto coincide con el de la junta general ordinaria ya celebrada anteriormente tal y como por extenso resulta de los hechos.

2. El artículo 253.1 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que: «Los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados». Por su parte el artículo 272.1 dispone lo siguiente: «Las cuentas anuales se aprobarán por la junta general», reiterando lo afirmado por el previo artículo 160: «Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social».

Por su parte dispone el artículo 164.1: «La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado». El artículo 166 establece que: «La junta general será convocada por

los administradores y, en su caso, por los liquidadores de la sociedad». Por último dispone el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: «Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social».

De la regulación expuesta resulta con claridad la obligación del órgano de administración de formular las cuentas así como de convocar la junta general para que delibere para su aprobación, así como el derecho de cualquier socio a instar la convocatoria de junta en el supuesto de que la junta no haya sido convocada en el plazo legalmente establecido.

3. De las consideraciones anteriores resulta que el recurso no puede prosperar. El objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de junta general de sociedad de capital por el registrador Mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Como recientemente ha afirmado esta Dirección General (Resoluciones de 7 y 9 de marzo de 2016), no se puede entrar a considerar en el estrecho ámbito de este expediente cuestiones que son ajenas a su naturaleza y objeto, como son la valoración de la conducta de las partes involucradas, las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse, la validez de los acuerdos adoptados por los órganos sociales o las consecuencias jurídicas derivadas de la falta de aprobación de una propuesta determinada. Ninguna de dichas cuestiones puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tenga abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle. Lo que no puede pretender la recurrente es que esta Dirección General asuma la defensa de su posición jurídica en un procedimiento, como el presente, limitado tanto por su materia como por sus medios de conocimiento.

Igualmente ponen de relieve dichas Resoluciones que constituye presupuesto para la aplicación de la previsión del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital que la junta general no haya sido debidamente convocada en

el plazo legal o estatutariamente previsto, circunstancia que como resulta de los hechos no se produce en el expediente que da lugar a la presente y que la parte recurrente no discute.

4. Las alegaciones de contrario que lleva a cabo el escrito de recurso no desvirtúan las consideraciones anteriores. La recurrente afirma que la junta general para la aprobación de las cuentas fue debidamente convocada si bien no se llegó a la aprobación de ningún acuerdo de donde infiere que procede una nueva convocatoria de junta ordinaria previa reelaboración de las cuentas por parte del órgano de administración. Esta afirmación no puede sostenerse en el ámbito de este procedimiento.

Como ponen de relieve las resoluciones judiciales a que se refiere el escrito de la sociedad, la resolución de la registradora y el propio escrito de recurso, el presupuesto de aplicación del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital es la falta de convocatoria de la junta general ordinaria en el plazo legalmente establecido, no la aprobación de las cuentas anuales. Es el incumplimiento por parte del órgano de administración de la obligación a que se refiere el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital lo que legitima a cualquier socio a instar la convocatoria por parte del registrador Mercantil. Cumplida la obligación, no existe legitimación para instar la convocatoria de junta general para la aprobación de las cuentas anuales y demás propuestas a que se refieren los artículos 160 y 164 de la Ley.

En sede de Registro Mercantil las consecuencias que de la falta de aprobación de las cuentas anuales pueden derivarse vienen reguladas en el artículo 282 de la Ley de Sociedades de Capital y en el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil. Cualquier otra consideración sobre las causas y las consecuencias que de tal hecho se deriven deben ventilarse, como ha quedado expuesto por extenso, en el procedimiento que corresponda.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles II de Pontevedra, doña Ana María López Rodríguez, de fecha 23 de diciembre de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Pontevedra.

Resolución de 25 de abril de 2016

En el expediente 5/2016 sobre convocatoria de Junta General de la sociedad «Atlantic Energy Investments S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en representación de la sociedad «Vetra Energy Group LLC», sociedad domiciliada en el Estado de Delaware (Estados Unidos), presentó un escrito de fecha 4 de noviembre de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de la mercantil «Atlantic Energy Investments, S.L.», la convocatoria de junta general de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Específicamente solicita del registrador Mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de junta general con el orden del día siguiente: «Examen y, en su caso, aprobación de la gestión social, de las cuentas anuales y de la propuesta de aplicación del resultado correspondiente al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2012. Examen y, en su caso, aprobación de la gestión social, de las cuentas anuales y de la propuesta de aplicación del resultado correspondiente al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2013. Examen y, en su caso, aprobación de la gestión social, de las cuentas anuales y de la propuesta de aplicación del resultado correspondiente al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2014. Redacción, lectura y, en su caso, aprobación del acta de la sesión».

b) Que designe como presidente de la junta general a celebrar a la sociedad solicitante y secretario a don ….., notario de Madrid, así como señalar el despacho de este como lugar de celebración de la junta.

II

Mediante escrito no fechado pero que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 11 de diciembre de 2015, doña ….., actuando en representación de la sociedad «Vetra Energy Group LLC», solicitó que se diese curso a la anterior solicitud haciendo constar lo siguiente:

Primero.–Que «Vetra Energy Group LLC» es socio de la mercantil «Atlantic Energy Investments, S.L.», siendo titular de un 99,6% del capital social, condición declarada en virtud de sentencia, que acompaña, del Juzgado de Primera Instancia número 39 de Madrid de fecha 16 de junio de 2014 por la que se declaró: la resolución del contrato de compraventa de 13 de junio de 2012 suscrito entre la mercantil «Vetra Energy Group LLC» y la sociedad de nacionalidad mexicana «Taakin» (sic), la restitución a «Vetra Energy Group LLC» de la plena propiedad de las participaciones sociales enajenadas y la pérdida de «Taakin» de su condición de socio.

Segundo.–Que «Vetra Energy Group LLC» solicitó la ejecución de la anterior sentencia lo que fue acordado por medio de auto de 27 de octubre de 2014 confirmado por auto firme de 13 de febrero de 2015, copia del cual se acompaña, constando dicha resolución anotada en el Registro Mercantil de Madrid, letra B de la sociedad.

Tercero.–Que, adicionalmente, se obtuvo en el procedimiento citado auto, de 25 de marzo de 2013, piezas cautelares 161/2013, por el que se acordó el embargo de las participaciones propiedad de Taakin y la suspensión de los derechos políticos en la sociedad «Atlantic Energy Investments, S.L.», auto que consta en el Registro Mercantil anotado bajo la letra A.

Cuarto.–Que su representada, «Vetra Energy Group LLC», no ha intervenido en ninguna junta ordinaria ni extraordinaria de la sociedad «Atlantic Energy Investments, S.L.» por lo que no es posible que se haya producido la aprobación de las cuentas de los ejercicios 2012 y 2013 por lo que la presentación para su depósito en el Registro Mercantil solo puede significar una actuación de mala fe de la sociedad «Taakin» en contra de las resoluciones citadas, de las que resulta con carácter indubitado: la titularidad de su representada sobre el 99,6% del capital social y la imposibilidad de aprobación de las cuentas de los ejercicios 2012 y 2013.

III

El Registrador Mercantil y de Bienes Muebles XVIII de Madrid, don Pedro Ávila Navarro, dictó resolución, en fecha 14 de diciembre de 2015, por la que acordó desestimar la solicitud del socio en base a que las cuentas correspondientes a los ejercicios 2012 y 2013 constaban presentadas en el Registro Mercantil junto a sendas certificaciones de aprobación en juntas universales por lo que las alegaciones sobre la posible validez de dichas juntas es materia que corresponde juzgar a los tribunales de Justicia.

IV

Doña ….., en la representación alegada, por escrito de fecha 18 de febrero de 2016, que tuvo entrada el mismo día en esta Dirección General, y por remisión en el Registro Mercantil de Madrid el día 7 de marzo del mismo año, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: Primero.–Que su representada presentó demanda de juicio ordinario frente a la sociedad «Taakin» para que se declarase la resolución del contrato de compraventa de 2999 participaciones sociales de «Atlantic Energy Investments, S.L.», representativas del 99% del capital social fechado el día 13 de junio de 2012; Que se solicitaron medidas cautelares adoptadas mediante auto de fecha 25 de marzo de 2013, entre las que se encuentran el embargo preventivo de las participaciones y la suspensión de los derechos políticos de «Taakin» en «Atlantic Energy Investments, S.L.», medidas anotadas en el Registro Mercantil, letra A. Posteriormente el Juzgado de Primera Instancia número 39 de Madrid dictó sentencia de fecha 16 de junio de 2014 por la que se acordó la resolución del contrato de compraventa, la restitución de las 2.999 participaciones de «Atlantic Energy Investments, S.L.» a la actora y la pérdida de la condición de socio de «Taakin», y que, apelada la sentencia por la demandada, la actora solicitó y obtuvo la ejecución provisional por auto de 27 de octubre de 2014, confirmado por auto de 13 de febrero de 2015 de carácter firme al no caber recurso contra el mismo y que tuvo acceso al Registro Mercantil bajo la anotación letra B, y Segundo.–Que, a la luz de los anteriores hechos, el registrador Mercantil incumple el artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil, pues al fundamentar su negativa a convocar la junta en la existencia de certificaciones relativas a juntas generales contradictorias, no está llevando a cabo la obligada comprobación de la identidad de los socios que asistieron a dichas juntas pues de hacerlo, habría rechazado la validez de las certificaciones y de los acuerdos adoptados por la sociedad «Taakin» cuyos derechos políticos estaban suspendidos habiendo perdido, además, su condición de socio. Lo anterior implica asimismo un actuación contraria a su obligación constitucional de prestar la colabora-

ción requerida a los tribunales de Justicia consagrada en el artículo 118 de la Constitución Española y en el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

V

Del contenido del Registro Mercantil relativo a la sociedad «Atlantic Energy Investments, S.L.» resulta:

Primero.–Anotación letra A por la que se hace constar, en lo que ahora interesa, el contenido del auto de medidas cautelares 129/2013 de fecha 25 de marzo de 2013 recaído en el procedimiento seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 39 de Madrid instado por «Vetra Energy Group LLC» contra «Taakin Book Sapi de C. V.» por el que se acuerda el embargo preventivo de las participaciones adquiridas por esta última de la actora, objeto del procedimiento así como la suspensión de los derechos políticos correspondientes a las participaciones 1 al 2.999, ambos inclusive.

Segundo.–Anotación letra B por el que se hace constar la sentencia recaída en el anterior procedimiento número 161/2013 de fecha 16 de junio de 2014 cuya parte dispositiva se refiere a: que es ajustada a derecho la resolución del contrato de compraventa celebrado entre las partes el dia 13 de junio de 2012, declara que la actora es titular de las participaciones sociales objeto de la compraventa litigiosa dejando sin efectos y declarando nulos los acuerdos adoptados por la demandada desde el día 13 de junio de 2012.

VI

De las certificaciones aportadas por el Registro Mercantil de Madrid relativas a las junta general universal celebrada en fecha 30 de junio de 2015 resulta que el administrador único de la sociedad «Atlantic Energy Investments, S.L.», don ….., certifica que se llevó a cabo en el domicilio social figurando en el acta el nombre y firma de los asistentes.

VII

Doña ….., en la representación que ostenta y mediante escrito de fecha 23 de marzo de 2016, acompaña sentencia de fecha 22 de febrero de 2016 de la Audiencia Provincial de Madrid, recurso 713/2014, en cuyo fallo se desestima la apelación confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 39 de Madrid, autos 161/2013, advirtiendo que contra la misma pueden interponerse los recursos extraordinarios de casación y de infracción procesal en caso de concurrir los supuestos previstos legalmente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 68, 78, 79, 84, 107, 113 y 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 524 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital, y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las Resoluciones citadas en el texto.

1. Solicitada del Registro Mercantil de Madrid la convocatoria de junta en los términos a que se refiere el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y en base a los hechos que se han hecho constar por extenso más arriba, el Registrador Mercantil rechaza llevar a cabo la convocatoria porque constando presentadas para su depósito las cuentas correspondientes a los ejercicios 2012 y 2013 cuya aprobación se ha producido en junta general universal, no queda debidamente acreditada la condición de socio de la sociedad solicitante. La recurrente alega que la anterior afirmación no es sostenible a la luz de las resoluciones judiciales a que se ha hecho referencia en los hechos.

2. Como recientemente ha afirmado esta Dirección General en sus Resoluciones de 4 y 9 de marzo de este año 2016, la atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de junta general de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el título tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica *(vid.* Resolución de 16 de julio de 2015), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005).

De este modo, la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia de la convocatoria de junta general no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de

un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo no previsto por una norma específica.

La misma doctrina es aplicable al expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores o la de gestionar el denominado código identificador de entidades jurídicas, la de convocar juntas generales no es una función de calificación.

3. Las mismas Resoluciones han puesto de manifiesto como la ausencia de un procedimiento registral específico para que el registrador Mercantil lleve a cabo el ejercicio de su competencia, a la espera de una futura reforma del Reglamento del Registro Mercantil, no supone la inexistencia de procedimiento a seguir por el Registrador Mercantil. La cuestión ha sido objeto de atención por esta Dirección General de los Registros y del Notariado que en su Resolución de contestación de consulta de 20 de noviembre de 2015. Dicha resolución ha recordado que en relación al procedimiento que debe seguirse para tramitar expedientes desjudicializados de Jurisdicción Voluntaria por el Registrador Mercantil suele existir en la Ley, en los distintos expedientes, una remisión expresa a lo previsto para ello en el Reglamento del Registro Mercantil. Así, en el artículo 40 del Código de Comercio; artículos 139 y 140 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 377 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 381.2 y artículo 422 de la Ley de Sociedades de Capital. Falta sin embargo remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil en los supuestos de convocatoria de junta por el registrador *(cfr.* arts. 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital) o en la separación y sustitución de liquidadores (arts. 380 y 389 de la Ley de Sociedades de Capital). La omisión reseñada no obstante es salvable: también en estos casos de ausencia de una remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil debemos entender que se aplicará el procedimiento que allí estuviere contemplado. De hecho, en materia de convocatoria registral de junta, nada se dice sobre las normas a las que se ajustará el procedimiento y, sin embargo, en sede de convocatoria de asamblea el artículo 422.3 de la Ley de Sociedades de Capital sí se contiene una expresa remisión al Reglamento del Registro Mercantil.

Mientras no se dicte un nuevo Reglamento del Registro Mercantil habrá que aplicar las reglas de procedimiento que por su función y naturaleza sean idóneas. El modelo de referencia de procedimiento registral que debe servir de marco para tramitar estos expedientes es el establecido en el capítulo II del título III, del nombramiento de expertos y de auditores de cuentas, artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y muy especialmente, habida cuenta que debe darse traslado a la sociedad y debiéndose permitir al empresario o sociedad

formular oposición, lo establecido en cuanto a auditores en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

A diferencia del procedimiento previsto en materia de nombramiento de expertos independientes por el registrador Mercantil (en que solo se contempla la posibilidad de formular oposición en el caso de la recusación del nombrado), en el de nombramiento de auditores siempre ha existido un trámite por escrito de audiencia que permite ventilar la contradicción dentro del procedimiento. Se trata de una controversia que carece de relevancia contenciosa en los términos del artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y que, a diferencia de lo previsto en la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no obliga a acudir a la jurisdicción contenciosa *(vid.* art. 17.3.2.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Se aplicarán consecuentemente, en primer lugar, las reglas particulares del procedimiento previsto en materia de auditores (que contiene un mecanismo procedimental para solventar la audiencia de la sociedad) contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. En lo no previsto, cabe la aplicación supletoria de primer grado de lo establecido en el propio Reglamento del Registro Mercantil en materia de nombramiento de expertos independientes *(vid.* art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil). Hay una aplicación supletoria de segundo grado de lo establecido en el procedimiento registral común e hipotecario *(vid.* art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil sobre remisión al Reglamento Hipotecario) y, en fin, en lo no previsto aún, cabe entender con la doctrina Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de expedientes de expertos y auditores, que existe una supletoriedad de tercer grado de la legislación acerca del procedimiento administrativo común.

4. A la luz de las reflexiones anteriores resulta evidente que en el procedimiento seguido hasta el momento en el expediente que da lugar a la presente se ha cometido la irregularidad de no dar traslado de la solicitud de convocatoria de junta a la sociedad respecto de la que se solicita. El procedimiento se ha desarrollado inaudita parte ya que no resulta en ningún momento del expediente que se haya ofrecido a la sociedad, que evidentemente tiene la condición de interesado (arts. 31 y 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) la oportunidad de alegar lo que a su derecho pudiera convenir.

Como resulta del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, «… el Registrador trasladará a la sociedad afectada copia de la instancia y de los documentos adjuntos a ella…».

Así las cosas procede que esta Dirección General, en aplicación de las normas generales en materia de procedimiento *(vid.* arts. 62 y siguientes y 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), acuerde la declaración de anulación de actuaciones retrotrayéndolas al

momento en que, de acuerdo con las normas citadas en los considerandos anteriores, debió procederse a dar traslado a la sociedad.

Resulta en definitiva que el procedimiento se ha tramitado sin el necesario respeto al principio de igualdad entre las partes. No procede en consecuencia que esta Dirección General se pronuncie ahora sobre la cuestión de fondo pues para ello habría sido preciso que la sociedad respecto de la que se solicita la convocatoria de junta hubiera dispuesto de la oportunidad de conocer el contenido de la solicitud, así como de los demás documentos aportados, y de alegar lo que a su derecho conviniera.

En consecuencia esta Dirección General resuelve:

1.º Dejar sin efecto la resolución de del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XVIII de Madrid, don Pedro Ávila Navarro, de fecha 14 de diciembre de 2015.

2.º Retrotraer el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento en que se presentó la instancia por parte del solicitante y devolver el expediente al Registro Mercantil a fin de que de conformidad con la previsión del artículo 354.1 del Reglamento del Registro Mercantil se dé traslado de la solicitud a la sociedad «Atlantic Energy Investments, S.L.», así como de todos los documentos aportados con posterioridad por el solicitante.

3.º Devolver el expediente al Registro Mercantil de Madrid a fin de que de acuerdo con los puntos anteriores lleve a cabo la instrucción del expediente.

5. Por último y como ha quedado debidamente explicado más arriba, la resolución del registrador Mercantil por la que se estima o no la solicitud de convocatoria de junta general al amparo de la previsión del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital puede ser objeto de recurso de conformidad con las normas aplicables. Dichas normas, a falta del oportuno desarrollo reglamentario y en tanto el mismo no se produzca, son las contempladas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, con carácter específico, el artículo 354 de dicho Reglamento que prevé la posibilidad de interponer recurso ante esta Dirección General en el plazo de quince días desde la notificación de la resolución debiendo constar así ene l pie de la resolución que al efecto se dicte (art. 89.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

En consecuencia esta Dirección General ha acordado dejar sin efecto la resolución del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XVIII de Madrid, don Pedro Ávila Navarro, de fecha 14 de diciembre de 2015, ordenar retrotraer el expediente y proceder a su devolución en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

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

impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 26 de mayo de 2016

En el expediente 6/2016 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Asac Compañía de Biotecnología e Investigación, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., en representación de la sociedad «Cartera de Arrendamientos e Inversiones, S.L.U.», presentó un escrito de fecha 24 de febrero de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 3 de marzo inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de la mercantil «Asac Compañía de Biotecnología e Investigación, S.A.» la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud resulta:

a) Que aprobadas las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014 se tuvo conocimiento por parte de la sociedad Cartera de Arrendamientos e Inversiones S. L. U. de una serie de errores e irregularidades motivo por el que se remitió por burofax al órgano de administración solicitud de que se llevase a cabo la reformulación de las cuentas así como que se convocase junta general, a efectos de someter a aprobación las cuentas del ejercicio 2014. Del burofax, copia del cual se acompaña, resulta que la solicitud se refiere a las cuentas consolidadas correspondientes al ejercicio 2014.

b) Que no habiendo atendido el órgano de administración a la solicitud formulada se requirió notarialmente a la sociedad a fin de que se llevase a cabo la convocatoria de junta general, sin que se haya atendido a dicho requerimiento. De copia del acta notarial de remisión de carta por correo certificado autorizada por la notario de Alicante doña Diamar Mata Botella en fecha 18 de noviembre de 2015 resulta que se solicita que se lleve a cabo la convocatoria de junta general ordinaria y extraordinaria con el siguiente orden del día:

«Primero: Examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales consolidadas del ejercicio 2014, así como la aprobación de la aplicación del resultado del ejercicio 2014, las cuales habrán debido ser reformuladas a la vista de las irregularidades recogidas en las mismas y detectadas en la junta de aprobación de cuentas anuales celebrada el día 30 de

junio de 2014. Segundo: Examen de las retribuciones percibidas por el órgano de administración de la compañía por cualquier concepto, durante los últimos cinco ejercicios, con exhibición de la totalidad de los documentos que las justifiquen. Tercero: Delegación de facultades. Cuarto: Redacción, lectura y, en su caso, aprobación del acta de la junta.». Del acta resulta que por el servicio de correos se entregó la carta el día 26 de noviembre de 2015.

Específicamente solicita del Registrador Mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día que se ha hecho constar.

b) Que se fije el lugar, día y hora para la celebración de la junta.

c) Que se levante acta notarial por el señor don ….., notario.

d) Que se designe como presidente al letrado asesor de la compañía don…, sin que sea necesaria la figura de secretario al contar con la asistencia de notario.

II

La administración de la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que no se ha acreditado el cumplimiento de los requisitos legales por cuanto no resulta el requerimiento notarial previsto en el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital por lo que la solicitud debe ser rechazada. 2.º Que se reserva la existencia de otros motivos de oposición si se plantea otra solicitud de convocatoria sin perjuicio de poner de manifiesto errores o falsedades del escrito de solicitud como el que se refiere a la condición de letrado asesor de la sociedad de la persona propuesta como presidente.

III

El Registrador Mercantil de Alicante núm. 2, don Antonio Arias Fuentes dictó resolución en fecha 29 de marzo de 2016 por la que acordó desestimar la solicitud del socio. De la resolución resulta que se dio traslado de la solicitud a la sociedad junto a la documentación complementaria entre la que se encontraba copia del acta notarial.

La resolución basa la desestimación en el hecho de que resulta del contenido del Registro Mercantil que las cuentas correspondientes al ejercicio 2014 han sido aprobadas y depositadas en virtud de acuerdo de la junta de socios de 30 de junio de 2015 sin perjuicio de que la parte, si considera que su derecho de información ha sido conculcado, tiene abierta la vía judicial que corresponda.

IV

Doña ….., en la representación que ostenta, por escrito de fecha 12 de abril de 2016, que tuvo entrada el día 21 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que de la propia solicitud resulta la aportación de copia del requerimiento notarial llevado a cabo. 2.º Que aunque las cuentas del ejercicio 2014 hayan sido aprobadas y depositadas se trata de evitar acudir a los Tribunales de Justicia por cuanto nada impide sustituir un acuerdo por otro posterior de conformidad con el artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital. 3.º Que no existe un problema de derecho de información, como resulta de la resolución del registrador, sino de solicitud de convocatoria con un orden del día concreto como es el de someter a aprobación las cuentas anuales del ejercicio 2014

una vez hayan sido reformuladas. 4.º Que además se solicitaba un segundo punto en el orden del día relativo a la retribución de los administradores, aspecto que es independiente del anterior y por el que se debió acordar la convocatoria de junta».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 68, 78, 79, 84, 107, 113 y 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Solicitada por un socio de sociedad anónima la convocatoria de junta general del órgano de administración con el orden del día que resulta de los hechos se procede a solicitar convocatoria del Registrador Mercantil al amparo de la previsión del artículo 169 del mismo cuerpo legal.

Como resulta de los hechos la solicitud se ampara en dos causas de pedir distintas: por un lado se solicita la convocatoria de junta general ordinaria para la aprobación de las cuentas consolidadas correspondientes al ejercicio 2014 y, por otro lado se solicita convocatoria de junta al efecto de examinar la retribución de los administradores.

La primera causa de pedir tiene su amparo en el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital que dice así: «1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social».

Este precepto trae causa de la previsión que con anterioridad llevan a cabo los artículos 164 y 167: «1. La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado». «Los administradores convocarán la junta general siempre que lo consideren necesario o conveniente para los intereses sociales, y en todo caso, en las fechas o períodos que determinen la ley y los estatutos».

La segunda causa de pedir obtiene su amparo del número dos del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital:« 2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social».

A su vez el precepto trae causa de la anterior previsión del artículo 168 del reiterado cuerpo legal: «Los administradores deberán convocar la junta general cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco

por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar. En este caso, la junta general deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud».

Como resulta de las disposiciones legales transcritas ambas causas de pedir obedecen a supuestos distintos como distinto es el régimen y requisitos previstos para su tramitación. De aquí que resulte procedente el análisis diferenciado de cada una de ellas a fin de dar respuesta adecuada al escrito de recurso.

2. En relación a la primera causa de pedir la resolución del registrador rechaza la solicitud del socio instante en base a que las cuentas correspondientes al ejercicio 2014 han sido objeto de aprobación por la junta general habiendo sido depositadas en el Registro Mercantil. La recurrente entiende que las cuentas deben reformularse y someterse a nueva votación, con el fin de evitar un procedimiento judicial, sin que exista cuestión alguna relativa al derecho de información.

La cuestión planteada ha recibido respuesta de esta Dirección General en su reciente resolución de 1 de abril de 2016 siendo la doctrina entonces expuesta de plena aplicación al caso presente. Como se afirmó entonces y se reitera ahora, de la regulación contenida en la Ley de Sociedades de Capital resulta con claridad la obligación del órgano de administración de formular las cuentas (art. 253), así como de convocar la junta general para que delibere para su aprobación; con la misma claridad resulta el derecho de cualquier socio a instar la convocatoria de junta en el supuesto de que la junta no haya sido convocada en el plazo legalmente establecido.

3. Continuaba afirmando la resolución citada que el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de junta general ordinaria de sociedad de capital por el registrador Mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Como recientemente ha afirmado esta Dirección General (Resoluciones de 7 y 9 de marzo de 2016), no se puede entrar a considerar en el estrecho ámbito de este expediente cuestiones que son ajenas a su naturaleza y objeto, como son la valoración de la conducta de las partes involucradas, las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse, la validez de los acuerdos adoptados por los órganos sociales o las consecuencias jurídicas derivadas de la falta de aprobación de una propuesta determinada. Ninguna de dichas cuestiones puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha produ-

cido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tenga abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle. Lo que no puede pretender la recurrente es que esta Dirección General asuma la defensa de su posición jurídica en un procedimiento, como el presente, limitado tanto por su materia como por sus medios de conocimiento.

Igualmente ponen de relieve dichas Resoluciones que constituye presupuesto para la aplicación de la previsión del artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital que la junta general no haya sido debidamente convocada en el plazo legal o estatutariamente previsto, circunstancia que como resulta de los hechos no se produce en el expediente que da lugar a la presente, y que la parte recurrente no discute, de donde se sigue inevitablemente la desestimación de este motivo de recurso.

4. No ocurre lo mismo con la segunda causa de pedir del socio, relativa a la solicitud de convocatoria de junta general con el fin de deliberar sobre la remuneración de los administradores. Del artículo 168 transcrito más arriba resulta el derecho del socio que ostente más del cinco por ciento del capital social para instar de los administradores la convocatoria de junta con el fin de tratar sobre los asuntos que tengan por conveniente. El mismo precepto exige que el órgano de administración convoque la junta para su celebración en el plazo de dos meses desde que se hubiese recibido el requerimiento notarial al respecto incluyendo en el orden del día los asuntos contenidos en la solicitud.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente concurren los requisitos previstos en el ordenamiento sin que la sociedad, en el trámite de oposición previsto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, haya hecho alegación alguna en relación a la condición de socio del instante, a su porcentaje de capital o a la legalidad del asunto a debatir.

Las dos únicas alegaciones llevadas a cabo por la sociedad en su escrito de oposición carecen de virtualidad para negar al socio minoritario el derecho que le reconoce el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital. En primer lugar porque, como resulta del expediente, el requerimiento notarial conteniendo la solicitud de convocatoria de junta y el orden del día propuesto fue debidamente recibido por la sociedad sin que se haya llevado a cabo la convocatoria de junta en el plazo previsto en el propio precepto citado. En segundo lugar porque la eventual existencia de un error en la solicitud (la condición o no de asesor legal de la sociedad de la persona propuesta como presidente), es del todo irrelevante para reconocer la concurrencia de los requisitos que justifican la solicitud del instante. Procede en consecuencia revocar en este aspecto la resolución del Registrador Mercantil de Alicante quien deberá llevar a cabo la convocatoria de junta general de la sociedad exclusivamente por este motivo

de recurso y en los términos previstos en el artículo 170 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Alicante núm. II, don Antonio Arias Fuentes de fecha 29 de marzo de 2016 en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 mayo de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 15 de junio de 2016

En el expediente 7/2016 sobre convocatoria de Junta General a instancia de socios de «Torrefiel Inversores, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y doña ….., actuando en ejercicio de la patria potestad rehabilitada de ….., presentaron un escrito de fecha 8 de octubre de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Navarra, en el que tuvo su entrada inicialmente el día 24 de noviembre de 2015 y posteriormente el día 26 de enero de 2016, en el que solicitaron, al amparo del artículo 170 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representado de la mercantil «Torrefiel Inversores, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud resulta:

a) Que el capital social de la sociedad está integrado por tres mil seis participaciones sociales de las que su representado es titular de tres mil siendo el otro socio, don ….., titular de las seis restantes.

b) Que el día 2 de diciembre de 2007 la junta general de la sociedad acordó cesar al administrador don ….. y designar a don ….. como nuevo administrador. Que dicho acuerdo ha sido anulado por sentencia firme del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pamplona en fecha 1 de junio de 2015 sin que de la misma resulte el cese del anterior cargo.

Específicamente solicita del Registrador Mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día siguiente: Nombramiento de administrador de la sociedad.

II

Don ….., debidamente notificado, se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º La solicitud es incorrecta porque la junta general a que hace referencia tuvo lugar el día 9 de diciembre de 2013. 2.º A la solicitud no se acompañan los documentos originales en que se sustenta la petición. 3.º No se acredita la vigencia de la representación ostentada en relación al hijo incapaz por lo que debe acreditarse así como que los representantes han cumplido las obligaciones establecidas en el documento de concesión. 4.º La solicitud es improcedente en cuanto es posterior a la convocatoria realizada por el propio señor…..autotitulándose administrador en funciones, ejemplar de la cual se acompaña. Siendo el orden del día el mismo es evidente que entra en colisión con la misma. Que en cuanto a esta convocatoria no es cierto la afirmación que la misma contiene en relación a la posesión delictiva de las participaciones acompañándose auto de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 22 de diciembre de 2015 equivalente a una absolución. 5.º Que como resulta del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital el Registrador Mercantil no es competente por si solo para la tramitación pues el precepto utiliza la conjuntiva «y» lo que implica que debe ser tramitado también por el secretario judicial, lo que se une al hecho de que no exista regulación alguna de procedimiento con la indefensión que de ello pueda derivarse.

Del escrito de notificación por el que se puso en su conocimiento la presentación de la solicitud, que consta en el expediente, no resulta ni el derecho de contestación ni el plazo para llevarlo a cabo.

III

El Registrador Mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Martín dictó resolución en fecha 24 de febrero de 2016 por la que acordó que habiéndose notificado la solicitud al administrador inscrito don ….. el día 3 de febrero de 2016 y habiendo contestado el día 19 del mismo mes y año (según sello de imposición de correos), fuera del plazo establecido en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, procedía estimar la solicitud y proceder a la convocatoria de Junta.

IV

Don ….., por escrito de fecha 15 de marzo de 2016, que tuvo entrada el posterior día 17 del mismo mes en el Registro Mercantil de Navarra, interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que la norma de apoyo a que se refiere el escrito de decisión del registrador, el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil viene amparada en un procedimiento totalmente diferente al que da lugar a la presente. El error en el apoyo normativo lleva a un error de procedimiento pues es

evidente que en el presente nadie va a ser nombrado experto. Que del escrito de notificación ni resulta la sujeción al procedimiento del artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil ni su sujeción a sus normas ni al plazo ni a la naturaleza de la actuación. Que de lo anterior resulta que del escrito no resultaba posible conocer la calificación del procedimiento ni cabía deducir que las alegaciones se encontraban fuera de plazo. 2.º Que la atribución competencial hecha a los registradores no ha sido objeto de regulación por lo que procede la aplicación de la Ley 30/1992 como resulta de la propia doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Consecuentemente deben contenerse en toda notificación la indicación de términos y plazos de contestación por lo que la omisión en el escrito recibido no puede perjudicar al recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley citada. 3.º Que a lo anterior hay que añadir que los plazos aplicados no son de caducidad por lo que no pueden bastar por si solos para rechazar las alegaciones llevadas a cabo. 4.º Que la resolución parte de la base de que la mera inexistencia de oposición por transcurso del plazo conlleva de modo automático la admisión de lo solicitado pero el registrador debería haber analizado los presupuestos procesales y de fondo mediante una resolución motivada, lo que no ha ocurrido. 5.º Que habiéndose iniciado el procedimiento en fecha 24 de noviembre de 2015 y no habiendo sido notificada la decisión hasta el día 2 de marzo de 2016 el expediente había caducado al haber transcurrido el plazo de tres meses».

V

El Registrador Mercantil de Pamplona don Antonio Fernández Martín en resolución de 18 de marzo de 2016, a la vista de que el día 23 de febrero de 2016 se practicó en el Registro Mercantil la inscripción de cese del administrador único de don ….., como consecuencia de los acuerdos adoptados en la junta general de 9 de diciembre de 2013 y de que, como consecuencia la sociedad pasa a estar en la situación prevista en el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital y de que de conformidad con la previsión del artículo 170 del mismo cuerpo legal no cabe recurso ante la decisión de llevar a cabo la convocatoria de junta, resuelve no dar trámite al recurso presentado.

Por resolución de 23 de marzo de 2016 el Registrador Mercantil acuerda proceder a la convocatoria de la junta solicitada para que tenga lugar el día 2 de mayo de 2016 en el domicilio social.

VI

Don ….., debidamente notificado de la resolución por la que se acuerda no dar trámite al escrito de recurso, presenta escrito de fecha 13 de abril de 2016 del que resulta que su escrito de recurso se presentó en el plazo establecido en la misma notificación y ante la autoridad igualmente prevista. Que no existe trámite alguno de admisión del recurso por lo que procede darle el trámite previsto legalmente por lo que finalmente solicita se lleve a cabo la revisión de tal decisión y se tramite el recurso interpuesto.

Requerido don ….. para que aporte prueba de su condición de socio, presenta escrito de fecha 18 de abril de 2016 del que resulta que aporta copia de la escritura de compraventa de participaciones de la que resulta su condición si bien hace constar la improcedencia del requerimiento habida cuenta de que resulta tal circunstancia a la propia administración solicitante, de conformidad con la previsión del artículo 35, f) de la Ley 30/1992 y del artículo 6.2 de la Ley 11/2007, de 22 de junio.

VII

El Registrador Mercantil, mediante resolución de 27 de abril de 2016 (y en base a las resoluciones de esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 7 y 9 de marzo de 2016), deja sin efecto la suya anterior de 18 de marzo y eleva el expediente a esta Dirección General de los Registros y del Notariado quedando en suspenso el expediente hasta que se dicte resolución por este Centro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 68, 78, 79, 84, 107, 113 y 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La complicada situación fáctica que resulta de los hechos, y en la que sin duda ha influido la novedad de la previsión legal de atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, aconseja que esta Dirección se pronuncie, con carácter previo a su resolución sobre el fondo del asunto, sobre tres cuestiones que resultan esenciales: el objeto del procedimiento, su naturaleza así como el conjunto normativo que le sea de aplicación.

2. Como ha afirmado este Centro Directo en sus resoluciones de 7 y 9 de marzo de 2016, el objeto de este expediente no reside en resolver las numerosas cuestiones que las partes involucradas han puesto de manifiesto de modo reiterado en los distintos escritos que se han presentado y a que se hace referencia en los hechos. La existencia de un conflicto social entre la representación del socio que realiza la solicitud y el que ha sido administrador de la sociedad resulta evidente.

Conviene por tanto aclarar desde el primer momento que el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de Junta General de sociedad de capital por el Registrador Mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Consecuentemente, no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como puedan ser las siguientes: La validez de

las inscripciones practicadas en el Registro Mercantil, la valoración de la conducta de las partes involucradas y las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse, la validez de los acuerdos adoptados por los órganos sociales o cual pueda ser el alcance de los procedimientos judiciales existentes entre las partes. Ninguna de dichas cuestiones o de otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle.

3. Las mismas resoluciones a que se ha hecho referencia en el apartado anterior ponen de manifiesto como la atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de Junta General de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el título tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica *(vide* Resolución de 16 de julio de 2015), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el Registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia de la convocatoria de Junta General no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente

para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo no previsto por una norma específica.

La misma doctrina es aplicable al expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores o la de gestionar el denominado código identificador de entidades jurídicas, la de convocar juntas generales no es propiamente una función de calificación.

4. Finalmente, las resoluciones de continua referencia pusieron de manifiesto como la ausencia de un procedimiento registral específico para que el Registrador Mercantil lleve a cabo el ejercicio de su competencia, a la espera de una futura reforma del Reglamento del Registro Mercantil, mereció la atención de esta Dirección General de los Registros y del Notariado que en su resolución de contestación de consulta de 20 de noviembre de 2015, puso de manifiesto como en relación al procedimiento que debe seguirse para tramitar expedientes desjudicializados de Jurisdicción Voluntaria por el Registrador Mercantil suele existir en la Ley, en los distintos expedientes, una remisión expresa a lo previsto para ello en el Reglamento del Registro Mercantil. Así, en el artículo 40 del Código de Comercio; artículos 139 y 140 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 377 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 381.2 y artículo 422 de la Ley de Sociedades de Capital. Falta sin embargo remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil en los supuestos de convocatoria de junta por el registrador *(cfr.* arts. 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital) o en la separación y sustitución de liquidadores (arts. 380 y 389 de la Ley de Sociedades de Capital). En estos casos de ausencia de una remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil es preciso entender que se aplicará el procedimiento que allí estuviere contemplado. De hecho, en materia de convocatoria registral de junta, nada se dice sobre las normas a las que se ajustará el procedimiento y, sin embargo, en sede de convocatoria de asamblea el artículo 422.3 de la Ley de Sociedades de Capital sí se contiene una expresa remisión al Reglamento del Registro Mercantil.

Mientras no se dicte un nuevo Reglamento del Registro Mercantil habrá que aplicar las reglas de procedimiento que por su función y naturaleza sean idóneas. El modelo de referencia de procedimiento registral que debe servir de marco para tramitar estos expedientes es el establecido en el capítulo II del título III, del nombramiento de expertos y de auditores de cuentas, artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y muy especial-

mente, habida cuenta que debe darse traslado a la sociedad debiéndose permitir al empresario o sociedad formular oposición, lo establecido en cuanto a auditores en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

A diferencia del procedimiento previsto en materia de nombramiento de expertos independientes por el Registrador Mercantil (en que solo se contempla la posibilidad de formular oposición en el caso de la recusación del nombrado), en el de nombramiento de auditores siempre ha existido un trámite por escrito de audiencia que permite ventilar la contradicción dentro del procedimiento. Se trata de una controversia que carece de relevancia contenciosa en los términos del artículo 1.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y que, a diferencia de lo previsto en la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no obliga a acudir a la jurisdicción contenciosa *(vid.* art. 17.3 2.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa).

Consecuentemente se aplicarán, en primer lugar, las reglas particulares del procedimiento previsto en materia de auditores (que contiene un mecanismo procedimental para solventar la audiencia de la sociedad) contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. En lo no previsto, cabe la aplicación supletoria de primer grado de lo establecido en el propio Reglamento del Registro Mercantil en materia de nombramiento de expertos independientes *(vid.* art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil). Hay una aplicación supletoria de segundo grado de lo establecido en el procedimiento registral común e hipotecario *(vid.* art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil sobre remisión al Reglamento Hipotecario) y, en fin, en lo no previsto aún, cabe entender con la doctrina Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de expedientes de expertos y auditores, que existe una supletoriedad de tercer grado de la legislación acerca del procedimiento administrativo común.

5. A la luz de las consideraciones anteriores el recurso no puede prosperar. Resultando del expediente que en el folio registral de la sociedad consta el cese del administrador único y que la sociedad se encuentra en situación de acefalia la situación de hecho se enmarca en la previsión del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital. Consta igualmente que el entonces administrador fue notificado de la solicitud de convocatoria y que ejerció su derecho a oponerse a la solicitud. Es cierto que en la notificación que se le hizo no constaba ni la posibilidad de oponerse ni el plazo para ejercitar dicha opción, pero no lo es menos que dicha situación, contraria a Derecho, no le ha impedido su ejercicio en la forma legalmente prevista.

Para que así hubiera sido habría sido preciso que el error u omisión en la notificación impidiera efectivamente al recurrente el ejercicio de las posibilidades de actuación que le presta el ordenamiento jurídico.

En el supuesto que constituye el objeto de este expediente el recurrente ha podido alegar en fase de oposición y en fase de recurso los motivos que ha

tenido por conveniente, motivos basados en unos datos de hecho incontrovertidos, por lo que no cabe reconocer la existencia de un motivo de nulidad.

Esta doctrina es plenamente congruente con la muy asentada en la materia por nuestro Tribunal Constitucional que en su reciente sentencia de 28 de enero de 2013 recuerda que: «Esto determina que la supuesta lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión [art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836)] y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que denuncian los recurrentes resulte ser un reproche meramente formal y retórico, carente, por lo tanto, de acuerdo con una reiterada doctrina de este Tribunal, de la imprescindible relevancia constitucional, ya que es igualmente doctrina reiterada y conocida de este Tribunal la que señala que –de producirse– no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca inevitablemente un perjuicio material en los derechos de defensa que corresponden a las partes en el proceso [por todas, recientemente STC 42/2011, de 11 de abril (RTC 2011, 42), F. 2]. Como subraya por su parte la STC 85/2003, de 8 de mayo, F. 11, lo relevante a estos efectos es determinar si –en este caso– esa supuesta irregularidad procesal causó un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa…, privando o limitando su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses».

En definitiva no puede pretenderse la declaración de nulidad de unas actuaciones de cuya existencia tuvo conocimiento quien podía ser afectado por ellas y en las que ha tenido la oportunidad de llevar a cabo las alegaciones que ha estimado oportunas en defensa de su posición jurídica.

En definitiva y como ha reiterado el Tribunal Constitucional, el defecto de comunicación o de motivación resulta constitucionalmente irrelevante sino impide la debida tutela del interesado teniendo expedito el ejercicio de los derechos legalmente reconocidos (Sentencia de 13 de noviembre de 2000).

6. Procede en consecuencia la confirmación de la resolución del Registrador Mercantil de fecha 23 de marzo de 2016 por la que se acuerda la procedencia de convocatoria de junta si bien dada la suspensión que de la misma se llevó a cabo por la posterior de fecha 27 de abril de este mismo año, con la advertencia de que debe fijarse nueva fecha para su celebración con el orden del día propuesto y con determinación de las circunstancias a que se refiere el artículo 170 de la Ley de Sociedades de Capital.

A salvo lo que se dirá, ninguna de las afirmaciones que de contrario hiciera el recurrente en su día pueden ser objeto de análisis en el ámbito de este procedimiento. Como resulta de la dicción del artículo 170 de la citada Ley no procede recurso contra la resolución del Registrador Mercantil por la que acuerda la procedencia de convocatoria de Junta. Dicho precepto tiene la evidente finalidad de facilitar al máximo el ejercicio por la junta general de socios de las facultades reconocidas en la Ley una vez que el Registrador Mercantil constata que la situación de hecho es conforme a las previsiones de los artículos 169 o 171 de la propia Ley y sin perjuicio de que, quien ostente legitimación, acuda a los Tribunales de Justicia si considera que la convocato-

ria acordada es contraria a derecho (arts. 204 y 206 de la Ley de Sociedades de Capital).

También es preciso puntualizar que la previsión del artículo 170 de la Ley de Sociedades de Capital no impide, como se ha puesto de manifiesto en este expediente, el ejercicio del derecho de recurso por causa de pedir basada en motivos de nulidad de la propia resolución del registrador *(vide* art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común y la resolución de este Centro de fecha 25 de abril de 2016 en materia de convocatoria de junta). No obstante, ni siquiera en este supuesto la interposición del recurso implica *per se* la suspensión de los efectos de la resolución del registrador *(vide* art. 111 de la propia Ley de procedimiento), quedando incólume, en su caso, la legitimación para solicitar la declaración judicial de nulidad de los acuerdos adoptados en los términos a que se ha hecho referencia anteriormente.

De los motivos de recurso alegados por el recurrente solo dos tienen trascendencia a los efectos de los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre: uno, el relativo a los defectos de la notificación que se le hizo en su día sobre la existencia de solicitud de junta ya ha sido debidamente contestado; el otro, relativo a la falta de competencia del registrador para actuar por si solo, sin la concurrencia del Letrado de la Administración de Justicia, es insostenible. Pretender que la dicción literal del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital impone, en contra de la finalidad de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (que constan por extenso en su Exposición de Motivos), la actuación conjunta de Registrador Mercantil y Letrado de la Administración de Justicia no puede ser mantenido sin violentar no solo el espíritu de la Ley sino su propia letra *(vide* arts. 118 y 119 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en relación con los artículos 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Martín de fecha 23 de marzo de 2016 en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con 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 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Navarra.

Resolución de 21 de julio de 2017

En el expediente 8/2016 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Fita Inversiones, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 25 de abril de 2016 dirigido al Registro Mercantil de Ibiza, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Fita Inversiones, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud resulta:

a) Que el solicitante es socio de la sociedad y presidente de su Consejo de Administración constituido, además, por doña ….. y doña …..

b) Que en su condición de presidente convoco el consejo de administración en fechas 10 de enero y 11 de febrero de 2016 para adoptar, entre otros acuerdos, el de convocatoria de junta general con el siguiente orden del día: nombramiento de presidente y secretario de la junta; cambio de sistema de administración; cese y nombramiento de nuevos administradores.

c) Que la reunión de 10 de enero de 2016 no pudo celebrase por incomparecencia de los otros dos miembros del consejo y que la reunión de 11 de febrero de 2016 no acordó la convocatoria de junta por votar en contra los otros dos miembros del consejo de administración.

d) Que en su condición de socio requirió a la sociedad mediante conducto notarial a fin de que se llevase a cabo la convocatoria de junta.

Acompaña a su escrito copia del acta de requerimiento autorizada por la notario de Ibiza doña María Nieves Torres Clapes en fecha 24 de febrero de 2016 de la que resulta que es requerida para que lo haga al consejo de administración de la sociedad al efecto de que convoque junta general de acuerdo al artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital con el siguiente orden del día: nombramiento de presidente y secretario de la junta; cambio de sistema de administración; cese y nombramiento de nuevos administradores.

Por diligencia del mismo día del requerimiento consta la entrega de cédula en los domicilios de doña ….. y de doña …..

Por diligencia de fecha 26 de febrero de 2016 consta la comparecencia de doña ….. al efecto de manifestar: 1.º que rechaza el requerimiento porque su condición de consejera le impide actuar como consejo de administración al ser preciso un previo acuerdo de este. 2.º que el procedimiento para convocar junta exige previa convocatoria por el presidente del consejo de sesión de este en el que se incluya como orden del día el contenido a tratar por la junta, informe de su alcance y razón y demás, así como la votación subsiguiente para, en su caso, convocar junta a continuación. 3.º que conforme a la Ley de Sociedades de Capital el presidente dispone de dos meses para convocar junta, plazo más que suficiente para convocar el previo consejo de administración; que de conformidad con lo anterior y con el contenido del artículo 22bis de los estatutos sociales se informa al presidente de que ha de convocar consejo en plazo no superior a 15 días intimándole a que no sustituya el régimen estatutario por la solicitud dirigida al Registro Mercantil.

Por diligencia de fecha de 26 de febrero de 2016 se hace constar la comparecencia de doña ….. quien lleva a cabo unas manifestaciones de contenido idéntico a las anteriormente reseñadas.

e) El instante específicamente solicita del Registrador Mercantil que siendo patente la imposibilidad de convocar junta general extraordinaria de la sociedad ante la negativa de doña ….. y doña ….. de proceder en dicho sentido, la lleve a cabo conforme a lo establecido en el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

II

Doña ….. remite al Registro Mercantil un escrito de fecha 17 de mayo de 2016 del que resulta que en fecha 11 de mayo se le dio traslado del escrito de solicitud de convocatoria de junta así como: 1.º Que ostenta el cargo de secretaria del consejo de administración de la sociedad fundamentando su oposición a la solicitud de convocatoria de junta en los mismos motivos que resultan de su comparecencia en el acta de requerimiento. 2.º Que la solicitud de convocatoria de junta debe ser rechazada por incurrir en causa de nulidad al no haber sido convocado el consejo con anterioridad (art. 246 de la Ley de Sociedades de Capital en relación al artículo 30 de los estatutos sociales); que además el consejo tiene conforme al artículo 168.2 un plazo de dos meses para convocar la junta como se hizo constar en la contestación al requerimiento. 3.º Que el presidente del consejo en vez de llevar a cabo la convocatoria del mismo se dirigió al Registro Mercantil eludiendo su previa convocatoria como le habían requerido las otras dos consejeras. 4.º Que no existe razón para no seguir los trámites legales. Que en fecha 21 de diciembre de 2015 el presidente requirió a las otras dos consejeras para la firma de determinados documentos; que ante la solicitud de información se convocó mediante burofax consejo a celebrarse el día 11 de enero de 2016 en cuyo orden del día se incluyó el de convocatoria de junta general. Que la notificación se hizo con posterioridad a la fecha fijada para la reunión lo que invalidó la convocatoria. Que las dos hermanas consejeras requirieron al presidente para que convocase consejo el día 1 de febrero de 2016 que se celebro en dicho día y en el que se llevó a cabo la retirada del primer punto del orden del día y el rechazo del segundo. 5.º Que la celebración de dicha reunión no obvia la precisa convocatoria del consejo como paso previo para convocar junta pues dicha reunión de 1 de febrero no vino provocada por un requerimiento del presidente sino por una convocatoria conforme al artículo 30 de los estatutos sociales; dicha reunión tenía como objeto debatir determinadas operaciones inmobiliarias y una convocatoria indefinida de junta general extraordinaria de socios mientras que la que ahora debería convocarse habría de versar sobre las cuestiones contenidas en el requerimiento notarial; que en definitiva los acuerdos a considerar en los distintas reuniones del consejo no coinciden. 6.º Que el objeto del requerimiento notarial realizado por un socio es incongruente con la solicitud dirigida al Registro Mercantil pues si aquél consistía en requerir al consejo para que solicitara convocatoria de junta en este se impetra convocatoria de junta conforme al artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El Registrador Mercantil de Ibiza, don Francisco Javier Misas Tomás dictó resolución en fecha 23 de mayo de 2016 por la que acordó suspender la tramitación del expediente por no acreditarse la convocatoria del consejo de administración para convocar junta general, vistos los artículos 30 de los estatutos sociales y 246 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Por escrito de fecha 9 de junio de 2016 don …..tras hacer referencia al requerimiento notarial de fecha 24 de febrero de 2016 hace constar que en fecha 11 de febrero de 2016 se celebró reunión del consejo de administración en el que se instó la convocatoria de junta general para acordar el cambio de administración resultando la oposición expresa de las señoras……. Que en fecha 1 de junio de 2016 se volvió a celebrar reunión del consejo con el orden del día idéntico al que resulta del requerimiento notarial resultando no aprobado. Que en la misma reunión se instó la celebración de un nuevo consejo el día 8 de junio de 2016 que no llegó a celebrarse por incomparecencia del resto de miembros del consejo de administración. Que siendo patente la imposibilidad de convocar junta general extraordinaria dada la negativa por parte de la mayoría de miembros del consejo de administración se solicita del Registro Mercantil que se complete el expediente con el escrito presentado y se proceda a la convocatoria de junta conforme a lo establecido en el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Se acompaña copia del acta de la reunión del consejo de administración de fecha 1 de febrero de 2016 expedida por la secretaria doña ….. con el visto bueno del presidente don…… de la que resulta el siguiente orden del día: 1. Adopción de los acuerdos necesarios para formalizar las operaciones inmobiliarias pendientes. 2. Convocatoria de junta general extraordinaria de socios de la entidad. Del certificado resulta que se retira el primer punto del orden del día y que el segundo no es aprobado por voto en contra de doña ….. y doña …..

Se acompaña copia del acta de la reunión del consejo de administración de fecha 1 de junio de 2016 expedida por la secretaria doña ….. con el visto bueno del presidente don ….. de la que resulta un único punto como orden del día, coincidente con el transcrito más arriba en relación al acta de requerimiento. Del certificado resulta que, tras diversas manifestaciones sobre la validez de la convocatoria del consejo y sobre la información necesaria para tomar acuerdos, las dos administradoras votan a favor de aplazar la discusión y votación sobre el orden del día a una nueva reunión a celebrarse el día 4 de julio de 2016.

V

Doña ….., por escrito de fecha 15 de junio de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Ibiza, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra la resolución del Registrador Mercantil, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que la resolución del registrador reconoce que no se acreditó convocatoria del consejo de administración conforme al artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital y 30 de los estatutos pese a lo cual acordó suspender la convocatoria de junta. 2.º Que la resolución del registrador no resuelve sobre la incongruencia denunciada en la alegación sexta del escrito de oposición que de apreciarse debería llevar a la denegación de plano de la solicitud; que de aquí resulta la nulidad parcial o necesidad de revocación parcial de la resolución del registrador. 3.º Que así resulta del artículo 59 del Reglamento del Registro Mercantil. 4.º Que el solicitante en su condición de socio y presidente del consejo no podía sortear la previa convocatoria del consejo pese a lo que optó por llevar a cabo una solicitud ante el Registrador Mercantil que debió denegar la solicitud y no suspender; que la convocatoria del consejo debió preceder a la fecha 24 de abril de 2016 (dos meses tras el requerimiento notarial) y la solicitud de convocatoria operó cuando ya había transcurrido ese plazo por lo que solo cabía la denegación; que el propio……así lo entendió cuando en fecha posterior a la resolución del Registrador Mercantil instó, debido a la notificación del Registro Mercantil, reunión del consejo que se celebró el dia 1 de junio de 2016. 5.º Que conforme a lo expuesto se impugna la incongruencia omisiva de la resolución del registrador al no resolver sobre el

apartado sexto del escrito de oposición. Que en efecto el requerimiento notarial realizado por el socio es incongruente con la solicitud dirigida al Registro Mercantil pues si en aquel se requería al consejo para que convocase junta general, en la solicitud se impetra la convocatoria de junta conforme al artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital sin ningún otro contenido concreto sin que quepa intuirlo o interpretarlo con la convocatoria de reunión del día 1 de junio de 2016 que no fue convocada a virtud de solicitud de socio mayoritario. Que se solicita la revocación o nulidad parcial de la resolución recurrida ordenando que en su lugar se deniegue la solicitud formulada por don …..».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 68, 78, 79, 84, 107, 113 y 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El socio de una sociedad de responsabilidad limitada, en quien coincide la condición de presidente del consejo de administración, solicita del Registrador Mercantil que lleve a cabo la convocatoria de junta general extraordinaria de la sociedad ante la imposibilidad de que el consejo de administración adopte el acuerdo preceptivo para llevarla a cabo de acuerdo al orden del día previsto. Resulta de los hechos prolijamente reseñados más arriba que el solicitante es titular de más del cinco por ciento del capital social, que ha requerido como tal socio al órgano de administración de la sociedad y que han transcurrido más de dos meses desde el requerimiento notarial sin que la convocatoria se haya llevado a cabo.

De los distintos escritos presentados por las partes interesadas resulta que tales hechos son incontrovertidos pues no se discute el porcentaje de capital que ostenta el solicitante, ni el hecho de que ha existido un requerimiento notarial de convocatoria de junta con un orden del día concreto y específico, ni que la junta no ha sido convocada en el plazo de dos meses desde el mismo.

La recurrente basa su impugnación esencialmente en una circunstancia, que aparece amparada por la decisión del Registrador Mercantil: que no cabe convocatoria de junta general sin que venga precedida de una previa del consejo de administración.

2. Dispone el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital: «Los administradores deberán convocar la junta general cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar. En este caso, la junta general deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para

convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud».

De la simple lectura de este precepto resulta que el recurso no puede prosperar. Como ha puesto de relieve este Centro Directivo en su reciente resolución de 26 de mayo de 2016: «Del artículo 168 transcrito más arriba resulta el derecho del socio que ostente más del cinco por ciento del capital social para instar de los administradores la convocatoria de junta con el fin de tratar sobre los asuntos que tenga por conveniente. El mismo precepto exige que el órgano de administración convoque la junta para su celebración en el plazo de dos meses desde que se hubiese recibido el requerimiento notarial al respecto incluyendo en el orden del día los asuntos contenidos en la solicitud».

Como continúa afirmando la resolución citada el precepto ampara la solicitud de convocatoria de la junta cuando concurran los requisitos en él previstos sin que sean relevantes las circunstancias que hayan provocado que la junta general no haya sido objeto de convocatoria en el plazo previsto legalmente.

3. Esta Dirección General ha afirmado en distintas y recientes resoluciones (7 y 9 de marzo, 26 de mayo y 15 de junio de 2016), que el objeto exclusivo de este procedimiento consiste en determinar si concurren o no los requisitos para que la convocatoria de junta general de la sociedad de capital sea llevada a cabo por el Registrador Mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

De acuerdo con dicha doctrina, no se puede entrar a considerar en el estrecho ámbito de este expediente cuestiones que son ajenas a su naturaleza y objeto, como son la valoración de la conducta de las partes involucradas, las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse, la validez de los acuerdos adoptados por los órganos sociales o las consecuencias jurídicas derivadas de la falta de aprobación de una propuesta determinada. Ninguna de dichas cuestiones puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tenga abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle.

Aplicada la doctrina al caso que da lugar a la presente lo relevante es determinar si se dan o no las circunstancias previstas en el artículo 168 de la Ley de

Sociedades de Capital. Los motivos por lo que el consejo de administración no ha llevado a cabo la convocatoria de la junta solicitada no son objeto de este recurso como no lo son las circunstancias que la recurrente considera precisas para que el consejo pueda llevarla a cabo. Lo único relevante, a los efectos de la presente, es que la junta solicitada no ha sido convocada en el plazo legal sin perjuicio de que quien ostente la debida legitimación acuda al procedimiento judicial que tenga por conveniente.

4. En definitiva, acreditado en el expediente que concurren los requisitos legales para que el Registrador Mercantil proceda a la convocatoria de junta general en los términos previstos en el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital no cabe sino desestimar el recurso.

Ninguna de las alegaciones que lleva a cabo la recurrente en su escrito de recurso pueden desvirtuar la afirmación anterior.

En primer lugar porque es insostenible afirmar que es requisito imprescindible, de acuerdo a los estatutos sociales y a la propia Ley, la previa celebración del consejo de administración para que lleve a cabo la convocatoria de junta general, sin el cual no puede llevarse a cabo. Dicha exigencia solo es predicable para los supuestos de convocatoria de junta general en los supuestos de funcionamiento normal de la sociedad, como se deriva del régimen de los artículos 166 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. Es precisamente cuando dicha circunstancia no se produce cuando la Ley prevé la existencia de competencias alternativas para llevar a cabo la convocatoria con el fin de salvaguardar los derechos individuales de los socios a que se convoque junta, sea ordinaria (supuesto del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital) o no (supuesto del artículo 168). De seguirse la tesis de la recurrente la previsión devendría perfectamente inútil pues quedaría en manos del órgano de administración la determinación de si el derecho individual del socio ha de ser atendido o no. La previsión legal por el contrario es otra: requerido notarialmente el órgano de administración por socio con porcentaje de capital superior al cinco por ciento para que se lleve a cabo la convocatoria de junta con el orden del día propuesto, procederá la convocatoria por el Registrador Mercantil si la convocatoria no se ha llevado a cabo en el plazo de dos meses desde que se efectuó el requerimiento. Resulta indiferente si la convocatoria no se ha llevado a cabo porque el órgano de administración no ha querido o no ha podido tomar la decisión de llevarla a cabo.

Por dicha razón resulta igualmente indiferente que la posterior convocatoria y celebración de consejo de administración (el celebrado en fecha 1 de junio), haya sido llevada a cabo con posterioridad al día 24 de abril de 2016 (fecha en la que se cumplía el plazo de dos meses desde que se practicó el requerimiento). Lo relevante es precisamente que no se haya llevado a cabo la convocatoria de junta general en dicho plazo con el orden del día propuesto por el socio. Siendo indiscutida dicha circunstancia, procede la convocatoria por parte del Registrador Mercantil.

Tampoco es relevante la afirmación del escrito de recurso en relación a la pretendida incongruencia entre el requerimiento notarial llevado a cabo y la solicitud dirigida al Registrador Mercantil. No existe incongruencia alguna pues el solicitante insta al registrador a convocar junta general en los términos que resultan del acta de requerimiento no atendido que acompaña a su escrito. Verificado que se cumplen los requisitos legales procede que el Registrador Mercantil lleve a cabo la convocatoria en los términos solicitados en el requerimiento y no atendidos por el consejo de administración.

Finalmente resulta indiferente que la resolución impugnada haya suspendido la solicitud del socio instante. Decaído el fundamento de dicha decisión: la necesidad de previa convocatoria del consejo de administración como requisito para apreciar la solicitud del socio, el efecto de la presente resolución es la completa revocación de la misma, si bien por los motivos apuntados por extenso y no por los alegados por la recurrente. Sin perjuicio de lo anterior, esta Dirección considera conveniente recordar su doctrina de que la actuación del Registrador Mercantil en el ámbito de la convocatoria de junta no es propiamente una actividad de calificación por cuanto no tiene por objeto la decisión de practicar o no un asiento en los libros registrales. Como pusieran de relieve las resoluciones de 7 y 9 de marzo, 25 de abril y 15 de junio de 2016), la atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de Junta General de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el título tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

5. A la luz de las consideraciones anteriores procede que esta Dirección General acuerde lo siguiente:

a) Se deja sin efecto la resolución del Registrador Mercantil de Ibiza, don Francisco Javier Misas Tomás de fecha 23 de mayo de 2016.

b) Se declara la procedencia de que el Registrador Mercantil de Ibiza proceda a la convocatoria de la junta general solicitada en los términos que resultan de la solicitud y con el orden del día contenido en el acta de requerimiento notarial de continua referencia.

c) La convocatoria deberá llevarse a cabo en los términos previstos en el artículo 170.2 de la Ley de Sociedades de Capital desde la notificación de la presente.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y modificar la resolución del Registrador Mercantil de Ibiza don Francisco

Javier Misas Tomás de fecha 23 de mayo de 2016, en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

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

Madrid, 21 de julio de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Ibiza.

Resolución de 2 de agosto de 2016

En el expediente 9/2016 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Cartera de Inversiones Melca, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 12 de mayo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Asturias, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 169.1 y 171 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de la mercantil «Cartera de Inversiones Melca, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dichos preceptos.

Del escrito de solicitud resulta:

a) Que ostenta un 19,95% del capital social.

b) Que el cargo de administrador ha quedado vacante por separación del administrador único.

Específicamente solicita del Registrador Mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el siguiente orden del día:

Primero. Nombramiento de administrador.

Segundo. Instrucciones al órgano de administración en orden a la gestión de la sociedad y sus filiales.

Tercero. En su caso, disolución de la sociedad y nombramiento de liquidador.

b) Que designe presidente de la Junta General y secretario así como que se nombre a determinado notario para levantamiento de acta notarial de junta, así como otras cuestiones que no son de interés para la presente.

II

El mismo día, aunque con posterioridad, se presenta en el Registro Mercantil de Asturias instancia de igual fecha por la que don ….., como titular del 38,43% de la misma sociedad manifiesta que el órgano de administración ha quedado vacante por su cese y solicita la convocatoria de junta al amparo del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital así como designación de presidente y secretario en la persona de determinado notario.

III

Notificada la sociedad, se presenta en el Registro Mercantil escrito firmado por don ….., en el que se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que las solicitudes presentadas son incompatibles entre sí toda vez que se piden extremos a incluir en la convocatoria que lo son. 2.º Que la solicitud de doña ….. contraviene lo dispuesto en el artículo 171 de la Ley al incluir puntos del orden del día adicionales al nombramiento de administrador. 3.º Que la inclusión de dichos otros puntos del orden del día revelan un ánimo fraudulento por cuanto si realmente se deseara la disolución de la sociedad se podría acudir directamente al juez ex artículo 366 de la LSC. 4.º Que la socia no puede pedir convocatoria en base al artículo 169.1 pues el mismo hace referencia a la convocatoria de juntas ordinarias o a las previstas en estatutos lo que no es el caso. 5.º Que en base a lo anterior solicita que la convocatoria se lleve a cabo exclusivamente en cuanto al nombramiento de administradores.

El citado señor presenta otro escrito de la misma fecha, 2 de junio de 2016, en el que, reproduciendo lo argumentos anteriores, añade que conforme al artículo 365.1 de la LSC hay un plazo de dos meses para que los administradores convoquen junta si se produce causa de disolución pero la instancia de la señora García Becerril no expresa qué causa de disolución alega.

IV

La registradora mercantil de Asturias, doña Laura García-Pumarino Ramos dictó resolución en fecha 9 de junio de 2016 por la que acordó: 1.º Que procede la convocatoria de junta para el nombramiento de administradores, punto en el que coinciden ambos solicitantes. 2.º Que también procede en cuanto a los otros dos puntos del orden del día solicitados por doña ….. porque pueden solaparse los supuestos de solicitud de convocatoria previstos en los artículos 168, 169 y 171 de la LSC siendo de utilidad dicho solapamiento pues si de la junta no resulta nombramiento de administrador se incurre en causa de disolución del artículo 363 d) de la LSC, siendo absurdo exigir, en caso de que no se alcance acuerdo de nombramiento de administrador, una nueva convocatoria para discutir sobre la disolución de la sociedad.

V

Don ….., en representación de la sociedad «Cartera de Inversiones Melca, S.L.» por escrito de fecha 28 de junio de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Asturias, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º La resolución excede del contenido del artículo 171 de la Ley de Sociedades de capital. 2.º La resolución se aparta del procedimiento del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º La resolución no respeta los límites derivados del artículo 365 de la Ley de Sociedades de Capital».

VI

Doña ….. actuando como apoderada, según justifica, de la sociedad Cartera de Inversiones Melca S. L. desiste del recurso interpuesto en nombre de la sociedad. Hace constar la apoderada la vigencia de su poder acompañando copia de la escritura autorizada el día 4 de septiembre de 2006 por la notario de Avilés doña Inmaculada Pablos Alonso debidamente inscrita en el Registro Mercantil de Asturias. Acompaña igualmente acta de manifestaciones autorizada por la notario de Avilés doña Carmela Noguera Martín el día 12 de julio de 2016 de la que resulta que socios que representan el 53,76% del capital social manifiestan que ante la imposibilidad de constituirse en junta otorgan instrucciones expresas a doña ….. para que desista del recurso entablado ante esta Dirección General en contra de las actuaciones llevadas a cabo por el otro apoderado de la sociedad don ….., cuyas facultades han sido limitadas por el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Avilés de fecha 16 de junio de 2016 y confirmado por Auto del mismo Juzgado del día 7 de julio del mismo año, acompañando copia de la documentación reseñada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 68, 78, 79, 84, 107, 113 y 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 166 y siguientes 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 para la continuación de este procedimiento presentado por doña ….. en representación de la sociedad Cartera de Inversiones Melca S. L., y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia al no existir interés protegible que imponga su continuación.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el desistimiento y acordar la conclusión del procedimiento de convocatoria de junta general.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a 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, 2 de agosto de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Oviedo.

Resolución de 17 de octubre de 2016

En el expediente 11/2016 sobre convocatoria de Junta General de la sociedad «Atlantic Energy Investments, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en representación de la sociedad «Vetra Energy Group LLC», sociedad domiciliada en el Estado de Delaware (Estados Unidos), presentó un escrito de fecha 4 de noviembre de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de la mercantil «Atlantic Energy Investments, S.L.», la convocatoria de junta general de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Específicamente solicita del registrador Mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de junta general con el orden del día siguiente: «Examen y, en su caso, aprobación de la gestión social, de las cuentas anuales y de la propuesta de aplicación del resultado correspondiente al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2012. Examen y, en su caso, aprobación de la gestión social, de las cuentas anuales y de la propuesta de aplicación del resultado correspondiente al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2013. Examen y, en su caso, aprobación de la gestión social, de las cuentas anuales y de la propuesta de aplicación del resultado correspondiente al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2014. Redacción, lectura y, en su caso, aprobación del acta de la sesión».

b) Que designe como presidente de la junta general a celebrar a la sociedad solicitante y secretario a don ….., notario de Madrid, así como señalar el despacho de este como lugar de celebración de la junta.

II

Mediante escrito no fechado pero que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 11 de diciembre de 2015, doña ….., actuando en representación de la sociedad «Vetra Energy Group LLC», solicitó que se diese curso a la anterior solicitud haciendo constar lo siguiente:

Primero.–Que «Vetra Energy Group LLC» es socio de la mercantil «Atlantic Energy Investments, S.L.», siendo titular de un 99,6% del capital social, condición declarada en virtud de sentencia, que acompaña, del Juzgado de Primera Instancia número 39 de Madrid de fecha 16 de junio de 2014 por la que se declaró: la resolución del contrato de compraventa de 13 de junio de 2012 suscrito entre la mercantil «Vetra Energy Group LLC» y la sociedad de nacionalidad mexicana «Taakin» (sic), la restitución a «Vetra Energy Group LLC» de la plena propiedad de las participaciones sociales enajenadas y la pérdida de «Taakin» de su condición de socio.

Segundo.–Que «Vetra Energy Group LLC» solicitó la ejecución de la anterior sentencia lo que fue acordado por medio de auto de 27 de octubre de 2014 confirmado por auto firme de 13 de febrero de 2015, copia del cual se acompaña, constando dicha resolución anotada en el Registro Mercantil de Madrid, letra B de la sociedad.

Tercero.–Que, adicionalmente, se obtuvo en el procedimiento citado auto, de 25 de marzo de 2013, piezas cautelares 161/2013, por el que se acordó el embargo de las participaciones propiedad de Taakin y la suspensión de los derechos políticos en la sociedad «Atlantic Energy Investments, S.L.», auto que consta en el Registro Mercantil anotado bajo la letra A.

Cuarto.–Que su representada, «Vetra Energy Group LLC», no ha intervenido en ninguna junta ordinaria ni extraordinaria de la sociedad «Atlantic Energy Investments, S.L.» por lo que no es posible que se haya producido la aprobación de las cuentas de los ejercicios 2012 y 2013 por lo que la presentación para su depósito en el Registro Mercantil solo puede significar una actuación de mala fe de la sociedad «Taakin» en contra de las resoluciones citadas, de las que resulta con carácter indubitado: la titularidad de su representada sobre el 99,6% del capital social y la imposibilidad de aprobación de las cuentas de los ejercicios 2012 y 2013.

III

El Registrador Mercantil y de Bienes Muebles XVIII de Madrid, don Pedro Ávila Navarro, dictó resolución, en fecha 14 de diciembre de 2015, por la que acordó desestimar la solicitud del socio en base a que las cuentas correspondientes a los ejercicios 2012 y 2013 constaban presentadas en el Registro Mercantil junto a sendas certificaciones de aprobación en juntas universales por lo que las alegaciones sobre la posible validez de dichas juntas es materia que corresponde juzgar a los tribunales de Justicia.

IV

Doña ….., en la representación alegada, por escrito de fecha 18 de febrero de 2016, que tuvo entrada el mismo día en esta Dirección General, y por remisión en el Registro Mercantil de Madrid el día 7 de marzo del mismo año, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: Primero.–Que su representada presentó demanda de juicio ordinario frente a la sociedad «Taakin» para

que se declarase la resolución del contrato de compraventa de 2999 participaciones sociales de «Atlantic Energy Investments, S.L.», representativas del 99% del capital social fechado el dia 13 de junio de 2012; Que se solicitaron medidas cautelares adoptadas mediante auto de fecha 25 de marzo de 2013, entre las que se encuentran el embargo preventivo de las participaciones y la suspensión de los derechos políticos de «Taakin» en «Atlantic Energy Investments, S.L.», medidas anotadas en el Registro Mercantil, letra A. Posteriormente el Juzgado de Primera Instancia número 39 de Madrid dictó sentencia de fecha 16 de junio de 2014 por la que se acordó la resolución del contrato de compraventa, la restitución de las 2.999 participaciones de «Atlantic Energy Investments, S.L.» a la actora y la pérdida de la condición de socio de «Taakin», y que, apelada la sentencia por la demandada, la actora solicitó y obtuvo la ejecución provisional por auto de 27 de octubre de 2014, confirmado por auto de 13 de febrero de 2015 de carácter firme al no caber recurso contra el mismo y que tuvo acceso al Registro Mercantil bajo la anotación letra B, y Segundo.–Que, a la luz de los anteriores hechos, el registrador Mercantil incumple el artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil, pues al fundamentar su negativa a convocar la junta en la existencia de certificaciones relativas a juntas generales contradictorias, no está llevando a cabo la obligada comprobación de la identidad de los socios que asistieron a dichas juntas pues de hacerlo, habría rechazado la validez de las certificaciones y de los acuerdos adoptados por la sociedad «Taakin» cuyos derechos políticos estaban suspendidos habiendo perdido, además, su condición de socio. Lo anterior implica asimismo un actuación contraria a su obligación constitucional de prestar la colaboración requerida a los tribunales de Justicia consagrada en el artículo 118 de la Constitución Española y en el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

V

Del contenido del Registro Mercantil relativo a la sociedad «Atlantic Energy Investments, S.L.» resulta:

Primero.–Anotación letra A por la que se hace constar, en lo que ahora interesa, el contenido del auto de medidas cautelares 129/2013 de fecha 25 de marzo de 2013 recaído en el procedimiento seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 39 de Madrid instado por «Vetra Energy Group LLC» contra «Taakin Book Sapi de C. V.» por el que se acuerda el embargo preventivo de las participaciones adquiridas por esta última de la actora, objeto del procedimiento así como la suspensión de los derechos políticos correspondientes a las participaciones 1 al 2.999, ambos inclusive.

Segundo.–Anotación letra B por el que se hace constar la sentencia recaída en el anterior procedimiento número 161/2013 de fecha 16 de junio de 2014 cuya parte dispositiva se refiere a: que es ajustada a derecho la resolución del contrato de compraventa celebrado entre las partes el día 13 de junio de 2012, declara que la actora es titular de las participaciones sociales objeto de la compraventa litigiosa dejando sin efectos y declarando nulos los acuerdos adoptados por la demandada desde el día 13 de junio de 2012.

VI

De las certificaciones aportadas por el Registro Mercantil de Madrid relativas a las junta general universal celebrada en fecha 30 de junio de 2015 resulta que el administrador único de la sociedad «Atlantic Energy Investments, S.L.», don ….., certifica que se llevó a cabo en el domicilio social figurando en el acta el nombre y firma de los asistentes.

VII

Doña ….., en la representación que ostenta y mediante escrito de fecha 23 de marzo de 2016, acompaña sentencia de fecha 22 de febrero de 2016 de la Audiencia Provincial de Madrid, recurso 713/2014, en cuyo fallo se desestima la apelación confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 39 de Madrid, autos 161/2013, advirtiendo que contra la misma pueden interponerse los recursos extraordinarios de casación y de infracción procesal en caso de concurrir los supuestos previstos legalmente.

VIII

Esta Dirección General, mediante resolución de 25 de abril de 2016 acordó: 1.º Dejar sin efecto la resolución del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XVIII de Madrid, don Pedro Ávila Navarro, de fecha 14 de diciembre de 2015. 2.º Retrotraer el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento en que se presentó la instancia por parte del solicitante y devolver el expediente al Registro Mercantil a fin de que de conformidad con la previsión del artículo 354.1 del Reglamento del Registro Mercantil se de traslado de la solicitud a la sociedad «Atlantic Energy Investments, S.L.» así como de todos los documentos aportados con posterioridad por el solicitante. 3.º Devolver el expediente al Registro Mercantil de Madrid a fin de que de acuerdo con los puntos anteriores lleve a cabo la instrucción del expediente en los términos expuestos.

IX

El Registro Mercantil de Madrid, llevando a cabo las previsiones de las resolución anterior, notificó a la sociedad la solicitud de convocatoria de Junta General y en fecha 9 de junio de 2016 se recibió el escrito de oposición de la sociedad en el que alegaba: 1.º La solicitante «Vetra Energy Group LLC», declara ser socio en virtud de una sentencia que no es firme por lo que no resulta acreditada su condición de socio, acompañando copia de la diligencia de ordenación del Tribunal Supremo sobre recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. Que a mayor abundamiento la sentencia de la Audiencia no estima la pretensión de tener por nulos los acuerdos adoptados por Taakin en su condición de socio de Atlantic desde el 13 de junio de 2012. Que es doctrina jurisprudencial que no cabe simultanear la ejecución provisional de una sentencia y las medidas cautelares anteriores. 2.º Que figuran presentadas en el Registro Mercantil para su depósito las cuentas de los ejercicios 2012 y 2013 aprobadas por la junta de 30 de junio de 2015 por lo que no procede convocatoria de junta para su aprobación. Las alegaciones de la solicitante sobre la validez de dicha junta no es cuestión que corresponda decidir al Registro Mercantil sino a los Tribunales de Justicia.

X

El Registrador Mercantil de Madrid núm. 7, don Mariano Álvarez Pérez dictó resolución en fecha 10 de junio de 2016 por la que acordó suspender la solicitud por cuanto de las anotaciones letras A y B del folio social así como de las certificaciones presentadas para el depósito de las cuentas de los ejercicios 2012 y 2013, no es posible considerar

acreditada la condición de socio. La suspensión de los derechos políticos correspondientes a las participaciones en litigio afecta tanto al vendedor como al comprador en la compraventa litigiosa hasta que no recaiga resolución firme pendiente de recurso ante el Tribunal Supremo.

XI

Doña ….. por escrito de fecha 14 de julio de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que la resolución de registrador contraviene el auto de medidas cautelares adoptado por el juzgado de primera instancia núm. 39 de Madrid y que constan anotadas bajo la letra A en el folio de la sociedad, así como a los pronunciamientos de la sentencia 161/2013 de dicho juzgado confirmada por la de la Audiencia Provincial de Madrid el 22 de febrero de 2016 ejecutada provisionalmente como resulta de la anotación letra B. Suponen además una errónea aplicación de dichas resoluciones por las que se prohibía a la sociedad Taakin Book ejercitar sus derechos políticos en Atlantic. 2.º Que la afirmación sobre la falta de firmeza de la sentencia de 22 de febrero de 2016 es contraria a las consecuencias que se derivan de la ejecución provisional de resoluciones judiciales incumpliendo la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el artículo 118 de la Constitución española y el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que imponen el deber de colaboración a los Tribunales de Justicia. Que el título legitimador de la actuación de Vetra es la sentencia del juzgado de primera Instancia núm. 39 de los de Madrid que declaró la resolución de la compraventa del contrato de compraventa de 13 de junio de 2012 y la restitución a Vetra de las 2999 participaciones de Atlantic así como la pérdida de condición de socio de Taakin desde el 13 de junio de 2012. Que esta sentencia ha sido ejecutada provisionalmente como consta en el expediente mediante autos de 27 de octubre de 2014 y 13 de febrero de 2015 por lo que es de aplicación el artículo 526 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como ha confirmado la sentencia del Tribunal Supremo 1106/2002, de 14 de noviembre (RJ 2002/9923), por lo que la legitimación activa para instar el expediente de jurisdicción voluntaria es indiscutible. 3.º Que la resolución impugnada extrapola los efectos de la medida cautelar adoptada frente al demandante al actor siendo así que se circunscriben exclusivamente a la sociedad Taakin Book por cuanto no tenían otra finalidad que garantizar la efectividad de la tutela judicial de la actora».

XII

El Registrador Mercantil eleva el expediente a esta Dirección haciendo constar que en el ínterin se ha hecho constar la inscripción 5.ª en el folio de la sociedad de la que resulta que por medio de auto de 18 de mayo de 2016 se confirma el auto de medidas cautelares 129/2013 ordenándose su inscripción. También consta que se anota, al no constar la firmeza, en cuanto el apartado b) por el que se ordena denegar cualquier inscripción que tenga su origen en un acto societario realizado con la intervención del demandado Taakin Book Spai de C. V. ejercitando derechos políticos sobre las participaciones sociales de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 68, 78, 79, 84, 107, 113 y 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 524 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital, y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las Resoluciones citadas en el texto.

1. El largo camino administrativo que ha seguido el expediente a que se refiere la presente y que se ha hecho constar por extenso en los hechos tiene como objeto la solicitud de convocatoria ante el Registrador Mercantil de Madrid de acuerdo a la previsión del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital respecto de los ejercicios 2012, 2013 y 2014.

Los únicos puntos de controversia sobre los que esta Dirección puede emitir resolución son los relativos a si consta o no debidamente acreditada la legitimación de quien formula la solicitud así como si resulta que se da el supuesto de hecho para que tenga lugar la solicitud de convocatoria de junta. Como resulta del expediente y de la resolución impugnada, existe un procedimiento judicial de cuyo resultado depende la afirmación de que la sociedad solicitante («Vetra Energy Group LLC»), ostenta la condición de socio en la sociedad respecto de la que se formula la solicitud («Atlantic Energy Investments, S.L.»). Además, y como resulta del expediente, existe solicitud pendiente de despacho de los depósitos de cuentas de la sociedad respecto a los ejercicios 2012 y 2013.

Debe enfatizarse la afirmación anterior, dado el contenido de las alegaciones de las partes implicadas, por cuanto el único objeto de este expediente reside en decidir si procede o no la convocatoria de junta de la sociedad Atlantic Energy Investments, S. L. por concurrir los presupuestos establecidos en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital.

Es trascendente la insistencia en el punto de partida porque, como ha afirmado con anterioridad esta Dirección General (*vide* resoluciones de 9 de marzo, 29 de mayo y 15 de junio de 2016), el objeto de este expediente no reside en resolver las numerosas cuestiones que las partes involucradas, de forma muy extensa, han puesto de manifiesto de modo reiterado en los distintos escritos que se han presentado y a que se hace referencia en los hechos.

Conviene por tanto aclarar desde el primer momento que el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de Junta General de sociedad de capital por el Registrador Mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117

de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Consecuentemente, no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a cuestiones que son ajenas a este procedimiento, como son las relativa a la validez de los negocios jurídicos celebrados entre las partes, la valoración de la conducta de las partes involucradas y las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse o la validez de los acuerdos adoptados por los órganos sociales que no constituyan el objeto directo del expediente. Ninguna de dichas cuestiones u otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle.

Establecido lo anterior, dos son pues las cuestiones que deben analizarse para determinar si procede o no dar curso a la solicitud formulada de convocatoria de junta general: la primera, la relativa a la legitimación activa de la sociedad Vetra Energy Group LLC para ejercitar el derecho que al socio reconoce el propio artículo 169 de la Ley. La segunda hace referencia a si se produce o no el supuesto de hecho previsto en el reiterado precepto para que el Registrador Mercantil lleve a cabo la convocatoria de junta.

2. Entrando en la primera cuestión, la relativa a la legitimación del solicitante, son hechos relevantes a tener en cuenta:

a) En el juzgado de Primera Instancia núm. 39 de los de Madrid se han seguido autos 161/2013 de procedimiento ordinario por los que la ahora solicitante Vetra Energy Group LLC, demandaba la resolución del contrato de compraventa sobre un conjunto de participaciones de la sociedad Atlantic Energy Investments, S. L. números 1 al 2999 que suponen un porcentaje del 99,6% del capital social.

b) En dicho procedimiento recayó auto 129/2013 por el que se acordaron medidas cautelares que, como consta en los hechos, dieron lugar a la anotación letra A en el Registro Mercantil. La anotación letra A ha quedado convertida en inscripción por la 5.ª del folio de la sociedad al quedar firme, salvo lo relativo a la orden de no inscribir actos societarios que tenga su origen en la intervención de Taakin Book Spai de C. V., sociedad demandada, que queda anotado en el Registro.

c) En el citado procedimiento recayó sentencia en primera instancia en fecha 16 de junio de 2014 por la que se estimó la demanda y se declaró que la titular de las participaciones sociales era la actora Vetra Energy Group LLC, declarando nulos los acuerdos adoptados por la demanda Taakin Book S. A. P. I. de C. V. en su condición de socio de Atlantic Energy Investments S. L.

desde el día 13 de junio de 2012. Dicha sentencia dio lugar a la anotación letra B en el Registro Mercantil.

d) La anterior sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial y se encuentra admitida por el Tribunal Supremo en recurso de casación y extraordinario de infracción procesal.

e) Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia ha sido objeto de ejecución provisional en virtud de autos 1185/2014 seguidos ante el mismo juzgado, en los que recayó auto de fecha 27 de octubre de 2014 por el que se acordó orden general de ejecución provisional de la sentencia de 16 de junio de 2014 en los autos de juicio ordinario 161/2013. Dicho auto ha sido confirmado por el 53/2015 de fecha 13 de febrero de 2015, contra el que no cabe recurso, por que el que la magistrada juez que lo dicta acuerda desestimar la oposición sin perjuicio de admitir parcialmente el recurso de revisión del decreto de medidas ejecutivas concretas acordando la anotación preventiva en el Registro Mercantil de Madrid.

Este último es el factor determinante para apreciar la legitimación de la entidad solicitante por cuanto, como resulta del artículo 526 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las sentencias condenatorias de primera instancia pueden ser objeto de ejecución a instancia de la parte actora. La decisión de llevar a cabo la ejecución no puede ser objeto de recurso (art. 527 *in fine* del mismo texto legal), sin perjuicio de las consecuencias que pudieran derivarse de una revocación ordenada en una instancia ulterior (art. 534). Consecuentemente es forzoso reconocer la legitimación de la solicitante habida cuenta de los pronunciamientos de la sentencia del juzgado de primera instancia núm. 39 de Madrid de fecha 16 de junio de 2014 que se han hecho constar más arriba.

Es cierto que el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que: «4. Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos», pero téngase en cuenta, como se ha reiterado en las consideraciones anteriores, que el objeto del procedimiento previsto en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital se limita a decidir si procede o no la convocatoria de junta general. Dicho procedimiento es distinto del procedimiento registral general por cuanto no tiene por objeto la alteración del contenido del Registro Mercantil ni, en consecuencia, obtener la calificación favorable del registrador para su modificación. La solicitud formulada por la instante en el procedimiento que ha dado lugar a la presente se agota en que se convoque junta general y no en que se modifique el contenido del Registro. Consecuentemente no cabe aplicársele la restricción del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que está destinada a un supuesto distinto que se fundamenta en la imposibilidad de llevar a cabo la práctica en el Regis-

tro de asientos de inscripción o cancelación dado el carácter definitivo de los mismos *(vide* por todas Resolución de 29 de octubre de 2015).

También es cierto que en materia de auditores es doctrina muy consolidada de este Centro Directivo que cuando la titularidad de las acciones o participaciones que legitiman para el ejercicio del derecho reconocido al socio en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital esté en cuestión, procede la suspensión del procedimiento en tanto no recaiga sentencia firme (por todas, resolución de 25 de junio de 2015). Pero obsérvese que, a diferencia del supuesto que nos ocupa, la designación de auditor conlleva la práctica de un asiento en el Registro Mercantil *(vide* art. 358 del Reglamento del Registro Mercantil), produciendo importantes consecuencias que condicionan la apertura o cierre del folio registral (art. 279 en relación al artículo 282 de la Ley de Sociedades de Capital). De ahí que en este supuesto sea de plena aplicación la previsión de la Ley de Enjuiciamiento Civil en contra del supuesto que da lugar a la presente.

En definitiva, reconocido en sentencia no firme, pero ejecutada provisionalmente, el carácter de socio del instante es forzoso reconocerle legitimación para el inicio de este procedimiento. La anterior afirmación no prejuzga en absoluto cuales puedan ser las consecuencias en el ámbito del funcionamiento de la sociedad ni en el de solicitud al Registrador Mercantil de la práctica de asientos en el folio correspondiente a la sociedad o en la solicitud de depósito de cuentas. Como se ha insistido más arriba se trata de cuestiones que deben ser resueltas en el ámbito que les corresponde pero no en el estrecho de este procedimiento que, una vez más, se limita a decidir si procede o no la convocatoria de junta, lo que nos lleva a la segunda cuestión planteada.

3. Establecido lo anterior procede dar respuesta a la cuestión de si concurre o no el supuesto de hecho previsto en la norma para que el Registrador Mercantil acuerde la convocatoria de junta. Como pusieron de relieve las resoluciones de esta Dirección General de 7 y 9 de marzo y 1 de abril de 2016, constituye presupuesto para la aplicación de la previsión del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital que la junta general no haya sido debidamente convocada en el plazo legal o estatutariamente previsto, circunstancia que como resulta de los hechos no se produce en el expediente que da lugar a la presente y que la parte recurrente no discute. Lo que discute la parte recurrente es la validez de los acuerdos de aprobación de dichas cuentas habida cuenta del contenido de la sentencia del juzgado de primera instancia núm. 39 de Madrid de fecha 16 de junio de 2014 de continua referencia. Pero como se ha reiterado a lo largo de la presente el objeto de la presente no alcanza a la discusión de si los acuerdos sociales son válidos o no y a las consecuencias que de ello puedan derivarse. Dicha circunstancia podrá ser objeto de apreciación por parte del Registrador Mercantil a los solos efectos de aceptar o denegar el depósito de cuentas de la sociedad y, en última instancia, podrá ser objeto de declaración por parte de los Tribunales de Justicia. Téngase en cuenta además, que la socie-

dad Atlantic Energy Investments, S. L. no es parte en el procedimiento que ha dado lugar a la sentencia en que basa su pretensión la solicitante por lo que no pueden extenderse en su perjuicio los efectos de la sentencia ni siquiera en ejecución provisional (art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Lo relevante a efectos de la presente es que la sociedad ha celebrado junta para la aprobación de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2012 y 2013 por lo que, como afirmara la resolución de 1 de abril de 2016, es preciso tener en cuenta que el presupuesto de aplicación del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital es la falta de convocatoria de la junta general ordinaria en el plazo legalmente establecido, no la aprobación de las cuentas anuales ni las vicisitudes que puedan haberse producido. Es el incumplimiento por parte del órgano de administración de la obligación a que se refiere el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital lo que legitima a cualquier socio a instar la convocatoria por parte del registrador Mercantil. Cumplida la obligación, no existe legitimación para instar la convocatoria de junta general para la aprobación de las cuentas anuales y demás propuestas a que se refieren los artículos 160 y 164 de la Ley. Si la convocatoria o la junta subsiguiente adolecen de tacha de nulidad es cuestión ajena al objeto de este procedimiento sin perjuicio de que tales cuestiones se discutan en el que corresponda.

Las anteriores consideraciones no son sin embargo predicables respecto a la solicitud de convocatoria de junta para la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2014 respecto del que no resulta del expediente que se haya llevado a cabo. Consecuentemente, resultando la concurrencia de los requisitos para su celebración y no habiendo la sociedad notificada alegado nada al respecto, procede estimar la pretensión de la sociedad solicitante Vetra Energy Group LLC.

A la luz de las consideraciones expuestas a lo largo de la presente, esta Dirección General resuelve:

a) Dejar sin efecto la resolución del Registrador Mercantil en cuanto a la legitimación de la sociedad instante que ha quedado debidamente acreditada.

b) Confirmar la resolución del Registrador Mercantil en cuanto que no procede la convocatoria de junta para la aprobación de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2012 y 2013.

c) Declarar la procedencia de la convocatoria de la junta general de la sociedad Atlantic Energy Investments, S. L. en los términos que resultan de la solicitud de la instante para el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2014.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar parcialmente el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid núm. 7, don Mariano Álvarez Pérez de fecha 10 de junio de 2016 en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

Lo 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 conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 17 de octubre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 21 de octubre de 2016

En el expediente 12/2016 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Inmobiliaria Movar, S. L. en liquidación».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 1 de julio de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Valladolid, en el que solicitó, al amparo del artículo 170 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular de la nuda propiedad de participaciones que representan el 5,10% de la mercantil «Inmobiliaria Movar, S. L, en liquidación», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud resulta:

a) Que en su condición de socio formuló requerimiento notarial al liquidador de la sociedad en fecha 7 de abril de 2016 que fue entregado al liquidador el día 18 inmediato posterior.

b) Que han transcurrido dos meses desde el requerimiento sin que se haya llevado a cabo la convocatoria solicitada y sin que se haya llevado a cabo la convocatoria de junta para la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2015.

Específicamente solicita del Registrador Mercantil:

a) Que le designe como presidente de la junta general a llevarse a cabo.

b) Que se convoque la junta para la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

c) Que se convoque la junta general con el orden del día que contenía el requerimiento notarial:

Primero: Estudio de los honorarios de liquidación cobrados por el liquidador sin autorización de la junta ni del juzgado de lo mercantil. Medidas a adoptar, fijación de honorarios y solicitud de reintegro al liquidador.

Segundo: Examen del crédito que ostenta la sociedad Inmobiliaria Movar S. L. en liquidación frente a don ….., por obras realizadas. Integración del valor en el activo social y exigencia de su importe.

Tercero: Justificación detallada por parte del liquidador de todos los ingresos y todos los gastos durante el periodo en que la sociedad ha estado en liquidación. Medidas a adoptar.

II

El liquidador de la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad QLT Accontants Group S. L. P. fue nombrada liquidadora de la sociedad Inmobiliaria Movar S. L. en virtud de auto de 4 de abril de 2013 dictado por el juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valladolid. Que el liquidador ha convocado juntas generales de la sociedad para la aprobación de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2012, 2013 y 2014. Que finalizadas las operaciones de liquidación convocó junta general para la aprobación del balance final a celebrarse el día 23 de julio de 2015 en la que no se tomó acuerdo alguno al votar en contra el 50% del capital social como en otras ocasiones. Con fecha 28 de enero de 2016 se convocó nueva junta para la aprobación del balance final que finalizó como la anterior por lo que la liquidación ha concluido sin aprobación por la junta del balance final. Que los socios don ….., y doña ….. han presentado demanda de juicio ordinario en la que se solicita la aprobación judicial del balance de liquidación. Que la demanda ha sido admitida y notificada a los demandados, entre los que se encuentra el solicitante, que han contestado en términos similares a lo que constituye la solicitud de junta general. Que el juzgado convocó a las partes a audiencia previa. 2.º Que a la luz de los antecedentes anteriores y una vez concluidas las operaciones de liquidación se convocó por dos veces a la junta general para someter a su aprobación el balance final de liquidación por lo que una vez que ha sido rechazado el acuerdo las funciones del liquidador han quedado limitadas. 3.º Que la imposibilidad de alcanzar un acuerdo ha desembocado en una demanda judicial con ese objeto. 4.º Que en relación al orden del día propuesto coincide exactamente con las pruebas solicitadas por el mismo socio instante y otros por lo que serán tratadas en sede judicial. 5.º Que en cuanto a la convocatoria de junta para la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2015, el órgano de liquidación convocó junta a celebrarse el 23 de julio de 2015 para la aprobación del balance final con lo que la previsión de la LSC hay que entenderla cumplida.

Entre la documentación aportada por el liquidador resulta copia del acta autorizada por el notario de Valladolid don ….. en fecha 25 de enero de 2016 de la que resulta que fue requerido por el citado liquidador para asistir a la junta general y extraordinaria a celebrar en su despacho profesional el día 28 de enero de 2016 con el siguiente orden del día: aprobación, si procede, del balance final de liquidación, informe sobre las operaciones realizadas y proyecto de división entre los socios del activo resultante.

De la diligencia del notario de fecha 28 de enero de 2016 resulta: que el liquidador le entrega los documentos a someter a aprobación, balance de liquidación, informe sobre las operaciones de liquidación y proyecto de división del resultante, que incorpora al acta. También resulta que actúa de presidente el liquidador y de secretario el instante, señor….. Que el presidente declara la concurrencia del 100% del capital, presente o representado según el detalle de la propia acta. Que se expresan las reservas de algún socio entre las que se cuentan las relativas a los honorarios del liquidador. Que el resultado de la votación es de 50% a favor y 50% en contra por lo que el presidente declara la no aprobación de los acuerdos propuestos.

III

La registradora mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz dictó resolución en fecha 20 de julio de 2016 por la que acordó estimar la oposición y desestimar la solicitud del socio al entender que el expediente contemplado en la Ley de Sociedades de Capital tiene el limitado alcance de llevar a cabo la convocatoria de la junta cuando el obligado no lo haya llevado a cabo de modo que cumplida la convocatoria no existe legitimación. De las alegaciones expuestas resulta que así ha sido sin que se hayan alcanzado acuerdos entre los socios por lo que no cabe imputar inactividad a la acción del liquidador.

IV

Don ….., por escrito de fecha 8 de agosto de 2016, que tuvo entrada el día inmediato siguiente en el Registro Mercantil de Valladolid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que está amparado por el contenido de los artículos 168, 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que la sociedad se encuentra disuelta pero no liquidada y que nunca se ha presentado un balance de liquidación por lo que nunca se ha podido votar su aprobación. Resulta que existen acreedores y deudores pendientes de cobro lo que exige integrarlos en el balance. Resulta que la retribución del administrador ha sido fijada unilateralmente y no ha sido aprobada ni por la junta ni por el juez. 3.º Que la existencia de un procedimiento judicial no empece al derecho del solicitante al constar los presupuestos legales a la luz de los preceptos citados».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 68, 78, 79, 84, 107, 113 y 114 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Se plantean en este expediente dos cuestiones que hacen referencia a la solicitud de convocatoria de junta general en relación a una sociedad en la que concurren las siguientes circunstancias:

a) La sociedad se encuentra en estado de liquidación por acuerdo de la Junta General celebrada el día 17 de octubre de 2005 tal y como resulta de la inscripción 6.ª de su historia registral.

b) Por acuerdo de la Junta General de 14 de diciembre de 2012 se acuerda el cese por dimisión del liquidador de la sociedad tal y como resulta de la inscripción 7.ª

c) Por auto de 4 de abril de 2013 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valladolid se designa como liquidador a la sociedad QLT Accontants Group

S. L. P. quien designa a don …..para ejercer el cargo, tal y como resulta de la inscripción 8.ª del historial registral.

d) La sociedad ha celebrado junta general en fecha 23 de julio de 2015 y posteriormente en fecha 28 de enero de 2016 en cuyo orden del día se incluyó la aprobación del balance final de la sociedad, informe de liquidación y propuesta de división del haber. En ambos casos el acuerdo no fue aprobado por la Junta al existir un empate de votos a favor y en contra de la propuesta.

e) Existe un procedimiento judicial ordinario en marcha instado por algunos socios de la sociedad en el que pretenden la aprobación judicial del balance final y del proyecto de división del activo resultante presentado por el liquidador en la junta celebrada el día 28 de enero de 2016.

En esta tesitura se lleva a cabo la solicitud de convocatoria a que hace referencia la presente con una doble causa de pedir: por un lado que se convoque la junta con el objeto de aprobar las cuentas correspondientes al ejercicio 2015 y por otro, que se sometan a la junta las cuestiones expresadas en el requerimiento notarial. Para dar cabal respuesta a la solicitud formulada es preciso analizar por separado cada una de las pretensiones del solicitante.

2. Con carácter previo es preciso acotar adecuadamente el objeto de la presente habida cuenta de las alegaciones que el recurrente lleva a cabo. Al respecto, esta Dirección ha tenido ocasión de afirmar (Resoluciones de 9 de marzo, 26 de mayo y 15 de junio de 2016), que el objeto de este expediente no reside en resolver todas las cuestiones que las partes involucradas hayan puesto de manifiesto en los distintos escritos que se han presentado y a que se hace referencia en los hechos. Esta puntualización resulta de especial importancia en un supuesto como el planteado en el expediente en que la existencia de un conflicto social tanto entre los socios como entre una parte de estos y el liquidador designado judicialmente resulta evidente.

Conviene por tanto aclarar desde el primer momento que el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de Junta General de sociedad de capital por el Registrador Mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Consecuentemente, no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como son el contenido del balance de la sociedad, la pertinencia de incluir o excluir determinadas partidas o la valoración de la conducta de las partes involucradas así como las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse. Ninguna de dichas cuestiones o de otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance

expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle.

3. Establecido lo anterior, es preciso analizar los requisitos que la Ley de Sociedades de Capital exige para que el Registrador Mercantil pueda llevar a cabo la convocatoria de Junta General. Dice así el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: «1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social. 2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social».

Dos son los supuestos en que, de acuerdo con el precepto, se puede solicitar la convocatoria de junta por parte del Registrador Mercantil: uno, cuando el órgano de administración no haya convocado la junta a que legal o estatutariamente esté obligado en el plazo para ello previsto; dos, cuando requerido por la minoría, no haya llevado a cabo la convocatoria en los términos del artículo 168 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

De acuerdo con el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital, para que proceda la convocatoria de junta en el primer supuesto es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: que la convocatoria sea solicitada por un socio de la sociedad, que el registrador de audiencia al órgano de administración y que la Junta General no haya sido debidamente convocada en el plazo legal o estatutariamente previsto, circunstancia que no siempre resultará del Registro y que, en su caso, podrá ser puesta de manifiesto a lo largo de la tramitación del expediente.

En el supuesto del número dos del mismo precepto es requisito adicional que el órgano de administración no haya atendido la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, circunstancia que deberá resultar del expediente.

4. A la luz de las consideraciones anteriores es evidente que la solicitud de que se convoque junta para la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2015 no puede prosperar pues como resulta de los hechos el liquidador convocó a la junta para el día 28 de enero de 2016 con el objeto de aprobar el balance final, lo que exime, de acuerdo con el artículo 388.2 de la Ley de Sociedades de Capital de la aprobación de las últimas cuentas anuales:«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 y un informe pormenorizado que permitan apreciar con exactitud el estado de la liquidación».

La afirmación que lleva a cabo el escrito de recurso de que no se ha sometido ningún balance final a la aprobación de la junta es insostenible. Como resulta del contenido del acta notarial referida en los hechos, el liquidador convocó junta para la aprobación del balance final, balance que le fue presentado, que fue sometido a votación y que fue unido al acta notarial. Dichas afirmaciones se encuentran bajo la fe del notario autorizante por lo que han de tenerse por incontrovertibles a falta de una resolución judicial en contrario (art. 1218 del Código Civil). Procede la desestimación del motivo de recurso.

5. Respecto de la segunda causa de pedir, amparada en el segundo inciso del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital, la cuestión a resolver no es si el requerimiento al liquidador se ha llevado o no a efecto. El liquidador no niega esta circunstancia sino que afirma que convocada junta para la aprobación del balance final y no alcanzándose acuerdo aprobatorio, sus funciones como liquidador han finalizado y corresponde al ámbito judicial la resolución de la cuestión que tal circunstancia plantea de conformidad con el artículo 390 de la Ley de Sociedades de Capital.

En nuestro ordenamiento jurídico el proceso de liquidación de una sociedad tiene dos fases claramente diferenciadas: una primera (regulada en la sección 3.ª del capítulo II del título X de la Ley de Sociedades de Capital), en la que el órgano de liquidación lleva a cabo las operaciones propiamente liquidatorias de realización del activo no líquido y de cobro del pasivo, y otra de distribución del remanente líquido resultante (que comprende la sección 4.ª del capítulo citado).

Durante la primera fase, la defensa de los intereses de los socios se articula a través de distintas acciones que pueden llevar a cabo en defensa de su posición jurídica: solicitud de convocatoria de junta para la cobertura del cargo de liquidador (art. 377.1); designación de liquidador por parte del Registrador Mercantil o del Letrado de la Administración de Justicia (art. 377.2); solicitud de separación de los liquidadores designados (art. 380); en anónimas, la designación de un interventor (art. 381); y la sustitución de la persona del liquidador en caso de duración excesiva de la liquidación (art. 389). Dentro de esta fase debe comprenderse el derecho a solicitar la convocatoria de junta a que se refiere el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital.

Finalizadas las operaciones de liquidación y aprobado el balance final, comienza la fase de reparto del activo resultante. Al socio disidente solo le cabe la acción para impugnar el balance aprobado lo que supone la paralización del procedimiento de reparto hasta que recaiga sentencia firme en la queden establecidas las cuotas de liquidación de los socios y los derechos de cobro correspondientes (arts. 390 y 394 de la Ley).

La Ley no regula el supuesto en el que, finalizada la primera fase, no pueda comenzar la segunda por falta de aprobación del balance final y de la propuesta de división del activo resultante. Esta falta de previsión específica debe suplirse de acuerdo a las reglas generales de nuestro derecho de sociedades de modo que, si el balance final no es objeto de aprobación el liquidador debe, si considera que existe causa para ello, reelaborar la propuesta y someterla de nuevo al criterio de la junta convocada al efecto. Ahora bien, en una situación de bloqueo como la que plantea el supuesto de hecho y que se ha reflejado en el historial registral de la finca, si la causa de la no aprobación reside en la irreconciliable oposición de los grupos sociales, queda expedita la vía para que los socios soliciten la aprobación judicial del balance y de la propuesta de reparto del activo resultante. Es evidente que si la autoridad judicial puede ordenar la disolución de la sociedad ante una situación de bloqueo (art. 363.1 e, en relación con el artículo 366 de la Ley de Sociedades de Capital), puede igualmente adoptar las resoluciones precisas hasta la completa ejecución de su decisión.

El derecho de los socios a que se determine, fije y satisfaga su cuota de liquidación, es un derecho de carácter individual que forma parte del estatuto de socio (art. 93a de la Ley de Sociedades de Capital). Si la situación de bloqueo social resulta en un rechazo de la propuesta de liquidación y reparto que implica la presentación del balance final su determinación ha de llevarse a cabo en vía judicial. Iniciada así una fase contenciosa de determinación de la cuota de liquidación no procede ya el ejercicio de unos derechos que la Ley reconoce al socio para una fase anterior del proceso de extinción de la sociedad. La falta de aprobación del balance final en caso de bloqueo social no se traduce en una continuación ilimitada de la situación del estado de liquidación ni en una prolongación de la situación anterior.

En suma, fracasada la determinación extrajudicial de la cuota de liquidación, si el liquidador entiende que el resultado de su labor es ajustado a derecho, es en el ámbito procesal donde los socios deben ejercitar sus pretensiones, impugnar las partidas que consideren inadecuadas o proponer la existencia de otras, aportando los medios de prueba que consideren oportunos proporcionando así al juzgador los elementos en que basar su decisión de fijar la cuota de liquidación que corresponde a cada socio. Alcanzada la firmeza de la resolución judicial, se procederá a la satisfacción de la cuota de liquidación por la persona del liquidador, de conformidad con la previsión del artículo 394 de la Ley de Sociedades de Capital, sin perjuicio de otras acciones que pudieran corresponder a los socios *(vide* art. 397 de la Ley de Sociedades de Capital).

Como puso de relieve la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 26 de febrero de 2010 (cuyos argumentos reproduce la posterior del mismo órgano de 17 de abril de 2013), el órgano judicial es el competente para resolver sobre la aprobación del balance y la propuesta de división del remanente. En un caso similar al presente en el que la división de los socios en dos grupos al 50% impidió la designación de liquidador forzando su nombramiento judi-

cial, afirma la Audiencia: «… sería un dislate que no se pudieran aprobar las operaciones liquidatorias, si esa confrontación entre los socios persiste durante la realización de las precitadas actuaciones, de manera que no se puedan aprobar el balance final ni el proyecto de liquidación, cercenando con ello el derecho fundamental del socio a participar en el patrimonio resultante de la liquidación –artículo 48.2 de la LSA.».

6. Y esta es la situación que se produce en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en el que, tras el rechazo por dos veces a la aprobación del balance final, y planteada demanda judicial de aprobación de balance y determinación de la cuota de liquidación, un socio pretende que se convoque junta general con el objeto de discutir cuestiones relativas a la composición del balance y a la propuesta de división, sustrayendo con ello a la competencia de los Tribunales una materia de la que ya están conociendo. Como resulta de los hechos existe un procedimiento judicial en marcha en el que el solicitante que provoca la presente es parte y en el que está legitimado para plantear las cuestiones que considere convenientes en defensa de su derecho. Ante la demanda judicial de aprobación del balance final y de la propuesta de reparto, planteada por otros socios, no puede pretender el recurrente que se lleve a cabo de forma extrajudicial la discusión de unos hechos y circunstancias que forman parte del proceso y que debiendo haber sido planteadas en otro momento, resultan ahora del todo intempestivas.

No otra cosa dispone el artículo el artículo 6.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria al establecer: «No se podrá iniciar o continuar con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que verse sobre un objeto que esté siendo sustanciado en un proceso jurisdiccional».

Es cierto que dicho precepto está contenido en una Ley que, en principio, no es de aplicación a la actuación de los registradores de la propiedad y mercantiles, pero no lo es menos que no hace sino reflejar un principio de incompatibilidad de amplia tradición en nuestro ordenamiento (art. 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881). Del mismo modo, es doctrina perfectamente asentada de esta Dirección General (Resoluciones de 13 de febrero y 25 de julio de 1998, 29 de octubre de 1999, 28 de abril de 2000, 31 de marzo de 2001, 5 de junio de 2012, 16 de febrero y 4 de junio de 2013, 2 de agosto de 2014, 24 de julio de 2015 y 16 de marzo de 2016), que ante situaciones de grave enfrentamiento social, la institución del Registro Mercantil no puede ser utilizada como instrumento de conflicto por una de las partes en perjuicio de la otra correspondiendo la resolución de la situación creada al juez competente.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz de fecha 20 de julio de 2016.

Lo 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 conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 21 de octubre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valladolid.

Resolución de 7 de noviembre de 2016

En el expediente 13/2016 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Desatascos Fuerteventura, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y don …..presentaron un escrito de fecha 22 de junio de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Fuerteventura, en el que tuvo su entrada el día 23 inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de la mercantil «Desatascos Fuerteventura, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud resulta:

a) Que los solicitantes son, en unión de don …..., administradores mancomunados de la sociedad debiendo actuar necesariamente uno cualquiera de ellos con el concurso de este último.

b) Que le han requerido en diversas ocasiones para que lleve a cabo convocatoria de junta general de la sociedad a lo que se ha negado. Que en concreto se reunieron con dicho señor en fecha 3 de junio de 2016 (reunión que podría haber devenido junta general universal de haber accedido), negándose a celebrar junta con el pretexto de que debía consultarlo con su abogado. Que lo anterior resulta de la copia del acta notarial que se acompaña.

c) Que a resultas de lo anterior no ha podido convocarse junta en el plazo legalmente previsto con el objeto de aprobar las cuentas anuales.

Específicamente solicitan del Registrador Mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General en el domicilio propuesto como acuerdo, con el siguiente orden del día:

– Designación de presidente y secretario de la junta.
– Aprobación en su caso de la gestión realizada en el año 2015.

– Censura y aprobación en su caso de los inventarios, balances, cuenta de explotación y memoria correspondientes al ejercicio 2015.
– Acuerdo sobre distribución de beneficios del ejercicio 2015.
– Acuerdo en su caso sobre traslado de domicilio.
– Acuerdo en su caso sobre modificación estatutaria del carácter remunerado de los administradores.
– Acuerdo en su caso sobre establecimiento de la relación de servicios entre los administradores y la sociedad.
– Acuerdo en su caso de la cuantificación de remuneraciones.
– Acuerdo en su caso sobre aplicación de medidas acordadas previamente de mejora de la gestión social.
– Acuerdo para facultar la elevación a público…

b) Que designe como presidente de la Junta General y secretario a los letrados que considere oportunos.
c) Que designe notario para que levante el acta de la junta general.

Se acompaña al anterior escrito copia del acta de presencia autorizada por el notario de Puerto del Rosario don ….. de fecha 3 de junio de 2016 de la que resulta que los dos instantes requirieron por medio de notario al tercer socio y administrador mancomunado don ….. para que en caso de que concurriese al lugar señalado y previo acuerdo unánime se celebrase Junta General universal de la sociedad de la que el notario debía levantar acta. Por diligencia de fecha 3 de junio de 2016, el notario autorizante da fe de personarse en el lugar señalado donde concurren los tres socios de la sociedad sin que el requerido acceda a celebrar junta general universal por necesitar contar con su abogado.

De copia de la escritura de constitución de la sociedad, que se aporta, autorizada por el notario de Puerto del Rosario don ….. en fecha 22 de enero de 2014, consta lo siguiente por traslado de sus estatutos: «artículo undécimo.-…La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado…Artículo decimonoveno.–El ejercicio social coincidirá con el año natural…».

II

Según escrito de fecha 12 de julio de 2016 firmado por el Registrador Mercantil don Fernando Eduardo Anegón Hinojosa se puso en conocimiento de los administradores el hecho de la solicitud a fin de que comparecieran en el expediente a los efectos previstos en el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital, relativo al trámite de audiencia.

No resulta del expediente que hubiese contestación alguna al escrito anterior.

III

El Registrador Mercantil de Fuerteventura, don Fernando Eduardo Anegón Hinojosa dictó resolución en fecha 20 de julio de 2016 por la que acordó suspender la convocatoria solicitada por no aportar los solicitantes el libro-registro de socios.

IV

Don ….. y don …..., por escrito de fecha 22 de agosto de 2016, interponen recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que los solicitantes ostentan la condición de administradores mancomunados así como la de socios de la sociedad conforme resulta de la escritura de constitución debidamente inscrita en el Registro Mercantil. 2.º Que la exigencia de aportar el libro registro resulta de imposible cumplimiento pues como resulta del orden del día propuesto ni existen ni están legalizados. 3.º Que en cualquier caso y como resulta del acta de presencia a que se hace mención en la solicitud los tres socios comparecieron como tales ante el notario autorizante. 4.º Que los instantes ostentan la condición de socios y han acreditado el transcurso del plazo para convocar junta general ordinaria por lo que se encuentran perfectamente legitimados».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 68, 78, 79, 84, 107, 113 y 114 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común y disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículo 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Constituye el objeto de este expediente determinar si procede o no la convocatoria de junta general, en los términos en que ha sido solicitado por los instantes, habida cuenta de que el Registrador Mercantil no da curso a la solicitud por considerar que no se ha justificado debidamente la legitimación de aquellos.

La resolución del Registrador Mercantil no puede mantenerse. Esta Dirección tiene declarado *(vide* Resoluciones de 29 y 30 de julio, 5 de agosto y 12 de septiembre de 2014 y 17 de abril de 2015, entra otras muchas en materia de auditores), que la negación de legitimación individual debe necesariamente apoyarse en prueba o circunstancia que acredite que el o los solicitantes no reúnen la condición de socio si del expediente resulta lo contrario. En el caso que nos ocupa, y como ponen de relieve los solicitantes, su condición de socios resulta del propio contenido del Registro sin que exista asiento, documento o circunstancia que desvirtúe lo anterior.

No puede acogerse el motivo de la resolución del registrador que exige la aportación del libro-registro de socios del que resulte la condición de socios. Como ha reiterado este Centro Directivo tal circunstancia por sí sola no puede enervar el derecho del socio o socios, pues tal y como se ha puesto de manifiesto reiteradamente (Resoluciones de fechas 30 y 31 de mayo y 26 de junio de 2007 y 4 y 8 de noviembre de 2013 entre otras muchas), la condición de socio no solo puede ser acreditada mediante una certificación expedida por el

órgano de administración social ni mediante la inscripción en el libro registro de acciones o participaciones, ya que, de ser así, se dejaría al arbitrio de una de las partes, la sociedad, el ejercicio de un derecho que la ley le atribuye a la otra, el socio minoritario. La ausencia de rigor formal en la tramitación del expediente permite a quien reclama tal condición ponerla de manifiesto por cualquier medio de prueba y a la sociedad, en su caso, refutarla. La cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo que ha entendido suficiente, a los efectos de justificar la condición de socio, la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–.

2. Establecido lo anterior, procede que esta Dirección entre a conocer del fondo del asunto. La razón de ser de esta afirmación deriva de la especial naturaleza de este procedimiento y de las previsiones contenidas en el artículo 113 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. La atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de Junta General de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el título tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado *(vide* Resoluciones de 7 y 9 de marzo, 25 de abril y 6 de mayo de 2016), que la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia de la convocatoria de Junta General no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (hoy, Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), en lo no previsto por una norma específica.

3. La solicitud formulada por los socios se basa en dos causas de pedir distintas: por un lado la falta de convocatoria ordinaria para la aprobación de las cuentas anuales y, por otro, la solicitud de convocatoria de junta para debatir y, en su caso, aprobar el resto de cuestiones que constituyen el orden del día propuesto.

Dice así el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: «1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social. 2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social».

De acuerdo con el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital, dos son los requisitos que deben ponerse de manifiesto en el expediente registral: que la convocatoria sea solicitada por un socio de la sociedad y que el registrador de audiencia al órgano de administración. Aún queda un presupuesto adicional, que la Junta General ordinaria o estatutaria no haya sido debidamente convocada en el plazo legal o estatutariamente previsto, circunstancia que no siempre resultará del Registro y que, en su caso, podrá ser puesta de manifiesto a lo largo de la tramitación del expediente.

En el supuesto del 169.2 es requisito adicional que el órgano de administración no haya atendido la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, circunstancia que deberá resultar del expediente.

4. Atendida la regulación legal, resulta del expediente que la junta general ordinaria no ha sido debidamente convocada transcurrido el plazo estatutario (coincidente con la previsión legal), por lo que es forzoso resolver en el sentido de que procede que el Registrador Mercantil lleve a cabo la convocatoria de junta general a fin de que los socios puedan pronunciarse en los términos a que se refiere el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por el contrario, y en relación al resto de asuntos a que se refiere el orden del día propuesto, no resulta del expediente que los solicitantes hayan procedido a requerir notarialmente al otro administrador mancomunado en los términos a que se refiere el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital. El acta de requerimiento que se acompaña y cuyo contenido consta en los hechos no es el acta a que se refiere dicho precepto pues no tuvo otra finalidad que requerir al administrador para comparecer y prestarse a constituir junta universal, supuesto que no es el contemplado legalmente. Procede en consecuencia desestimar este segundo motivo de la solicitud.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar parcialmente el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Fuerteventura, don Fernando Eduardo Anegón Hinojosa de fecha 20 de julio de 2016 en los

términos que resultan de la presente, de modo que debe proceder exclusivamente a la convocatoria de junta ordinaria en los términos a que se refieren los artículos 164, 169.1 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 7 de noviembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Fuerteventura.

Resolución de 15 de diciembre de 2016

En el expediente 14/2016 sobre convocatoria de Junta General a instancia de una socia de «Sociedad Ortega Vela, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 11 de julio de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, en el que tuvo su entrada el día 13 posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de la mercantil «Sociedad Ortega Vela, S. A (Orvesa), la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud resulta:

a) Que es socia de la sociedad de conformidad con la documentación que aporta.

b) Que la junta general ordinaria no ha sido convocada dentro del plazo legal de seis meses conforme al artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital.

Específicamente solicita del Registrador Mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día correspondiente a la previsión del artículo 169.1 de la propia Ley.

b) Que designe como presidente de la Junta General a celebrar a la propia solicitante y secretario a don …..., notario de Estepona celebrándose la junta en su despacho notarial.

La registradora mercantil de Málaga núm. 4 doña María del Carmen Pérez López Ponce de León, por diligencia de fecha 20 de julio de 2016, acordó solicitar determinada documentación complementaria así como determinada declaración de la solicitante, lo que se llevó a cabo mediante escrito de esta última fechado el día 28 de julio de 2016 con entrada en el Registro Mercantil de Málaga el día inmediatamente posterior.

II

Tras diversas diligencias llevadas a cabo en el ámbito del procedimiento, la administración de la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad está en una situación de incertidumbre derivada de las actuaciones de la solicitante, anterior administradora única, que junto con su ex marido están siendo objeto de investigación criminal por la presunta comisión de delitos contables, societarios y económicos como resulta de la diligencias previas 2427/2015 incoadas ante el juzgado de instrucción núm. 5 de Estepona como resulta de la diligencia que se acompaña. Que esta circunstancia es la que ha movido al actual administrador, señor Antonio Ortega Vela, a no llevar a cabo la convocatoria de junta pues entiende que será utilizada por la propia solicitante (que ostenta una mayoría de capital del 50,34%), para revocar su nombramiento de administrador actuación que intentó en la vía criminal y que le fue denegada por la instructora del procedimiento mediante diligencia que se acompaña. Que la utilización de la convocatoria de junta general ordinaria para revocar al administrador y proceder al nombramiento de la solicitante implica un fraude de Ley y un abuso de Derecho pues la *ratio legis* del precepto es provocar la convocatoria de junta ante la indolencia, desatención u obstrucción por parte del órgano de administración, circunstancia que no es la que se da en la sociedad. 2.º Que la gravedad de los hechos que se le imputan a la solicitante derivan de la documentación que se acompaña consistente en: diligencias policiales, informe de auditoría de hechos concretos llevada a cabo por auditor independiente e informe del fiscal de fecha 4 de marzo de 2016. 3.º Que resulta paradójico que sea la solicitante la que exija convocatoria ordinaria de junta cuando es ella la que se niega a aportar documentación trascendental para la elaboración de las cuentas que han de ser sometidas a votación como resulta de sendos requerimientos notariales, que se acompañan, en solicitud de dicha documentación. 4.º Que falta la postulación procesal de la solicitante que resulta de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria y de la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 5.º Que el carácter preferente del orden penal de conformidad al artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deriva en la suspensión de los procedimientos abiertos en tanto no quede resuelta aquél como resulta del artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el mismo sentido el artículo 6 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria por lo que procede si no el archivo del expediente por falta de postulación si su suspensión por existencia de prejudicialidad penal.

III

La registradora mercantil de Málaga núm. 4, doña María del Carmen Pérez López Ponce de León, dictó resolución en fecha 19 de septiembre de 2019 por la que acordó estimar la oposición y suspender la tramitación del expediente al existir un procedimiento penal abierto y resultar del expediente la cualidad de investigada de la solicitante a la que se denegó en el citado procedimiento su solicitud de revocación del administrador existente.

IV

Don ….., procurador de los tribunales en representación de la solicitante, por escrito de fecha 11 de octubre de 2016, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Málaga, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que los documentos en que basa su decisión la registradora y que fueron aportados por la parte opositora son meras fotocopias en contra de la obligación de los artículos 6 y 58 del reglamento del Registro Mercantil. 2.º Que no han sido aportados los documentos que acrediten los hechos alegados por la parte opositora como son la denuncia o querella, el auto de incoación de las diligencias penales y, en su caso, el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento criminal. Los documentos en que se basa la resolución la registradora son meras interlocutorias o de mera tramitación. 3.º Que no existe prejudicial penal porque para ello sería preciso que existiera en tramitación otro procedimiento con el mismo objeto; es decir, de solicitud de convocatoria de junta, lo que no ocurre en el supuesto de hecho en el que solicitan supuestas responsabilidades a los administradores. Que aun cuando se aceptara lo contrario aceptando la existencia de prejudicialidad por la existencia de cualquier otro proceso, lo cierto es que no se ha cumplido la previsión del artículo 6 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria que se remite al artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que exige que se oiga a la otra parte antes de resolver, lo que no ha ocurrido en el presente constituyendo una violación de las normas del proceso. Que en cualquier caso no se dan los requisitos para que la existencia de un previo proceso penal implique la suspensión del procedimiento: que la registradora basa su decisión dando por probado que la intención de la convocatoria de la junta es nombrarse a sí misma administradora haciendo suyo el argumento de la parte opositora que es meramente especulativo; que ni siquiera de la resolución judicial alegada resulta a qué sociedad se refiere la solicitud de cese de administrador; que el juzgado de instrucción rechazó efectivamente la medida afirmando que se puede pedir ante el órgano competente que no es otro que el Registro Mercantil, que de lo anterior resulta que no existe vínculo de unión entre lo investigado en el procedimiento penal y lo solicitado ante el Registro Mercantil. Que del artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resultan dos requisitos para que proceda la suspensión: en primer lugar, que se estén investigando hechos en que fundamenten sus pretensiones las partes en el proceso civil; resultando que del expediente nada semejante resulta sin que la registradora disponga de documento alguno del que resulten qué hechos se están investigando al efecto de comprobar que son igualmente objeto del expediente o que, al menos, pueden fundamentar una petición de suspensión. El segundo requisito es que la decisión del tribunal penal pueda tener influencia decisiva en la resolución del proceso civil, pero de la documentación que consta en el expediente solo resulta del atestado policial la posible existencia de presuntos delitos por administración desleal, estafa y apropiación indebida, que en ningún modo empecen para convocar una junta general pues siendo la instante socia de la sociedad, nada le impediría asistir a una junta y votar en ella con independencia del resultado de la investigación. La facultad de solicitar la convocatoria de junta es un derecho que no se ve afectado por la presunta comisión de los hechos delictivos comentados».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 10 y 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 6 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, los artículos 68, 78, 79, 84, 107, 113 y 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículo 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Como resulta de los hechos, la cuestión debatida a la que debe dar respuesta la presente consiste en determinar si procede o no la convocatoria de junta general ordinaria a instancia de una socia siendo así que existe un procedimiento criminal en el que esta última aparece como persona investigada. La sociedad no cuestiona el hecho de que la junta general ordinaria no ha sido convocada ni la condición de socia de la instante.

La registradora mercantil de Málaga resuelve que existiendo un procedimiento penal pendiente procede la suspensión del procedimiento hasta que aquél quede resuelto en la instancia competente. Contra esta decisión se alza la solicitante en base a los argumentos que resultan de los hechos y a los que procede dar cumplida respuesta.

2. Los dos primeros motivos de recurso hacen referencia a cuestiones meramente formales y ninguno de ellos puede justificar la revocación de la resolución impugnada.

En primer lugar porque el hecho de que la documentación aportada no sea auténtica carece, por sí mismo, de la relevancia pretendida por el escrito de recurso.

Esta Dirección ha reiterado en numerosas ocasiones, en sede de recursos contra resoluciones sobre designación de auditor a instancia de la minoría, que los procedimientos tramitados por registradores mercantiles en base a la competencia atribuida por el artículo 16.2 del Código de Comercio, se caracterizan por su falta de rigorismo formal *(vide* por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), por lo que ha mantenido que basta la aportación de copias de los documentos en que apoyen sus pretensiones las partes pues no constituye el objeto del procedimiento ni pueden dilucidarse dentro del mismo cuestiones que, como la autenticidad de la documentación aportada, no corresponde a esta Administración decidir.

El fundamento de tal doctrina se encuentra en que la decisión del registrador Mercantil, en el ámbito del artículo 16.2 del Código de Comercio, no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del

Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud *(vide* Resoluciones de 7 y 9 de marzo, 25 de abril y 6 de mayo de 2016). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (hoy, Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), en lo no previsto por una norma específica.

Tampoco es asumible el motivo que afirma que la documentación presentada es parcial o accesoria por no resultar los hechos en que se fundamenta la oposición de la sociedad: básicamente, la existencia del procedimiento penal y el papel que en el mismo ostenta la solicitante. La parte recurrente utiliza este motivo con una finalidad estrictamente formal pues en ningún momento niega la existencia del procedimiento penal ni el carácter con que al mismo es llamada la instante. Procede en consecuencia la desestimación del motivo lo que nos lleva a la última cuestión.

3. La parte recurrente alega que la existencia de un procedimiento criminal en el que la solicitante ostenta la posición jurídica que resulta de los hechos no puede tener la virtualidad de suspender el procedimiento de convocatoria de junta general.

Dispone el artículo 10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, lo siguiente: «1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca».

Por su parte la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su artículo 40.2 los requisitos que, para la suspensión en los procedimientos de dicho orden, derivan de la existencia de una causa penal al establecer: «2. En el caso a que se refiere el apartado anterior, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurran las siguientes circunstancias: 1.ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil. 2.ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil».

Al amparo de dicha regulación es doctrina consolidada de esta Dirección General en materia de recursos sobre designación de auditores, (Resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013, 31 de enero de 2014 y 25 de junio de 2015, entre las más recientes), que solo pro-

cede 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, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas o bien de un porcentaje sobre un conjunto de ellas.

Dicha doctrina es plenamente coherente con la que el Tribunal Supremo tiene establecida en la materia *(vide* sentencia de 4 de abril de 2013), y de la que resulta la necesidad de que concurran los requisitos establecidos en el artículo 40.2 para que la existencia de un procedimiento penal justifique la suspensión de un procedimiento en el ámbito civil.

Aplicadas las anteriores consideraciones al supuesto de hecho que constituye el objeto de la presente resulta con toda claridad que no concurre ninguna de las circunstancias que, para la suspensión del procedimiento, exige la norma.

Establece el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital: «Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social».

Este Centro Directivo tiene declarado (Resoluciones de 1 de abril y 26 de mayo de 2016), que de acuerdo con dicho precepto, dos son los requisitos que deben ponerse de manifiesto en el expediente registral para que proceda la convocatoria de junta: que la convocatoria sea solicitada por un socio de la sociedad y que el registrador de audiencia al órgano de administración. Aún queda un presupuesto adicional, que la Junta General ordinaria o estatutaria no haya sido debidamente convocada en el plazo legal o estatutariamente previsto.

Resultando de los hechos expuestos más arriba que la sociedad no discute el carácter de socio de la solicitante ni el hecho de que la junta general ordinaria no ha sido convocada en plazo, no procede sino estimar el recurso en este punto con revocación de la resolución de suspensión.

La existencia de un procedimiento penal en el que ninguna de dichas cuestiones es objeto de investigación y que, en consecuencia, no dará lugar a una resolución que afecte a los presupuestos del procedimiento de convocatoria de junta justifica debidamente la apreciación del motivo. Téngase en cuenta que la existencia del procedimiento penal no priva al socio investigado de ninguno de los derechos que como tal le corresponden en la sociedad de la que forma parte y que habría de ser en dicho orden donde debería haberse solicitado y ordenado, en su caso, la suspensión de los derechos cuyo ejercicio pudieran considerarse comprometidos por la existencia de aquél. Nada de esto resulta de los hechos expuestos por lo que siendo indiscutido que la sociedad no ha convocado junta general ordinaria en el plazo legal y estatutario exigible y que la solicitante ostenta legitimación para solicitar la convocatoria solo pro-

cede afirmar la concurrencia de los requisitos que para ello establece la Ley de Sociedades de Capital.

No puede prejuzgarse en el estrecho ámbito de este procedimiento la motivación de la solicitante ni el sentido que pretende otorgar a su derecho de asistencia y voto o las vicisitudes que al amparo de la Ley de Sociedades de Capital puedan producirse en el desarrollo de la junta general a celebrar.

Si la sociedad considera que la actuación de la solicitante incurre en fraude de Ley, en abuso de Derecho o entiende que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa *(vide* arts. 9 y 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en relación al artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital), sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle. Lo que no puede pretender es que esta Dirección General asuma la defensa de su posición jurídica en un procedimiento, como el presente, limitado tanto por su materia como por sus medios de conocimiento.

De conformidad con las consideraciones anteriores queda revocada la resolución impugnada objeto de la presente, debiendo la registradora mercantil de Málaga proceder a la convocatoria de junta en los términos que resultan de los artículos 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Málaga núm. 4, doña María del Carmen Pérez López Ponce de León de fecha 19 de septiembre de 2016.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 14 de diciembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Málaga.

Resolución de 23 de diciembre de 2016

En el expediente 15/2016 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Resaga, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 14 de septiembre de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, en el que tuvo su entrada el día 16 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Resaga, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud resulta:

a) Que el solicitante es titular del 50% del capital social en virtud: de escritura de compraventa de fecha 8 de octubre de 2013 que dio lugar al acta de titularidad real de igual fecha y número inmediato posterior de protocolo; y de escritura pública de 27 de diciembre de 2013 que notificó al administrador único de la sociedad don …..mediante requerimiento notarial de fecha 2 de marzo de 2016. Se acompaña copia de los documentos citados.

b) Que ha transcurrido el plazo legal y estatutario para la convocatoria de junta ordinaria.

Específicamente solicita del Registrador Mercantil:

a) Que convoque junta general en el domicilio social y en concreto en determinada notaria solicitando igualmente la presencia de notario en la celebración de la junta al efecto de levantar acta.

b) Que convoque junta general a la mayor brevedad posible.

c) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día siguiente: 1.º Aprobación de las cuentas anuales y gestión social correspondientes al ejercicio 2015, incluyendo balance, cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambio en el patrimonio y memoria. 2.º Propuesta de aplicación de resultado del ejercicio 2015. 3.º Cese y nombramiento de administrador único. 4.º Aprobación, en su caso, del acta.

d) Que, correspondiendo estatutariamente al administrador único, don …..., ejercer los cargos de presidente y secretario de la junta sea designado sin perjuicio del levantamiento del acta notarial a que se ha hecho referencia.

II

Don ….., como administrador único de la sociedad, se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que en relación a la compraventa de participaciones documentada en la escritura de fecha 27 de diciembre de 2013, se han incumplido las previsiones estatutarias sobre requisitos para la transmisión de participaciones, así como que carece de causa. A la vista de tales circunstancias existe demanda ante el Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Bilbao por la que la sociedad solicita la declaración de nulidad. A lo anterior se une el hecho de que la vendedora ha fallecido. 2.º Que a la luz de tales circunstancias el administrador se ve en la imposibilidad de convocar junta dado el enfrentamiento y confrontación entre los socios. 3.º Que además el solicitante no ha comunicado en forma a la sociedad su adquisición en contravención de la previsión estatutaria por lo que no puede ejercer los derechos de socio.

III

El Registrador Mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata dictó resolución en fecha 11 de octubre de 2016 por la que acordó estimar la oposición y suspender el procedimiento por causa de litispendencia hasta que no resulte por sentencia firme la finalización del procedimiento.

IV

Notificado el solicitante, don ….., interpone recurso en fecha 26 de octubre de 2016 en el que, resumidamente, pone de relieve que el procedimiento judicial a que se refiere el escrito de oposición del administrador de la sociedad tiene por objeto exclusivo la escritura de compraventa de 27 de diciembre de 2013. Consecuentemente no es objeto de dicho procedimiento la primera compraventa de participaciones que hizo el solicitante el día 8 de octubre de 2013 por lo que su condición de socio es indubitada y no procede la suspensión del procedimiento. Que cita en su apoyo la resolución de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, que acompaña, de fecha 16 de junio de 2016 en el que se le reconoce su condición de socios a efectos de solicitar auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, resolución que desechó el mismo argumento aducido ahora por el administrador social.

V

El Registrador Mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata, dictó resolución de fecha 2 de noviembre de 2016 por la que, con rectificación de la anterior, desestima la oposición de la sociedad y acuerda haber lugar a la convocatoria de junta general.

VI

Don ….., como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 16 de noviembre de 2016, que tuvo entrada el día 18 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Guipúzcoa, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que la sociedad está integrada por personas pertenecientes a un mismo grupo familiar en el que existe un conflicto derivado del proceso de divorcio entre el propio don ….. y doña ….. existiendo distintos procedimientos judiciales entre las partes a cuyas resultas la titularidad del 75% del capital social es controvertida. 2.º Habida cuenta de orden del día propuesto y de las mayorías exigibles la junta no podrá constituirse ni celebrarse. 3.º Que, sin perjuicio de la legitimación del solicitante, lo cierto es que existe un procedimiento judicial en el que se ventila la titularidad real de las participaciones de Resaga, S. L. por lo que la junta podrá ser anulada como consecuencia del procedimiento en curso por lo que procede mantener la suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 68, 78, 79, 84, 107, 113 y 114 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar. Son hechos aceptados por el recurrente que el solicitante es socio de la sociedad (sin perjuicio de la existencia de litigio sobre parte de sus participaciones sociales) y que la junta general ordinaria no ha sido convocada en el plazo legal y estatutariamente previsto.

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha reiterado *(vide* Resoluciones de 9 de marzo, 26 de mayo y 15 de junio de 2016), que el objeto de este expediente no reside en resolver las numerosas cuestiones que las partes involucradas han puesto de manifiesto en los distintos escritos que se han presentado y a que se hace referencia en los hechos. Esta puntualización resulta de especial importancia en un supuesto como el planteado en el expediente en que la existencia de un conflicto social entre el socio que realiza la solicitud y el órgano de administración que se opone resulta evidente.

El objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de Junta General de sociedad de capital por el Registrador Mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Consecuentemente, no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como son la validez de las transmisiones de participaciones llevadas a cabo, las consecuencias que puedan derivarse de los distintos procesos judiciales que se encuentran en marcha o la eventual declaración de nulidad de los acuerdos que puedan adoptarse. Ninguna de dichas cuestiones o de otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba

alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle.

2. Resulta del propio escrito de recurso que el solicitante es socio y que la junta general ordinaria no ha sido convocada, sin perjuicio de que considera que razones de oportunidad han llevado a la ausencia de convocatoria.

No cabe si no desestimar el recurso planteado. Ahora bien, es preciso matizar que la convocatoria debe quedar circunscrita al exclusivo efecto de aprobar las cuentas anuales pues de los dos supuestos a que se refiere el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital, del expediente solo resultan cumplimentados los requisitos para el primero.

De conformidad con el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital: «1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social».

Este precepto trae causa de la previsión que con anterioridad llevan a cabo los artículos 164 y 167: «1. La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado». «Los administradores convocarán la junta general siempre que lo consideren necesario o conveniente para los intereses sociales, y en todo caso, en las fechas o períodos que determinen la ley y los estatutos».

Por su parte dispone el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital: «2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social».

A su vez el precepto trae causa de la anterior previsión del artículo 168 del reiterado cuerpo legal: «Los administradores deberán convocar la junta general cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar. En este caso, la junta general deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud».

De acuerdo con el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital transcrito más arriba, tres son los requisitos que deben ponerse de manifiesto en el expediente registral: que la convocatoria sea solicitada por un socio de la sociedad, que el registrador de audiencia al órgano de administración y que la Junta General ordinaria o estatutaria no haya sido debidamente convocada en el plazo legal o estatutariamente previsto. De los hechos expuestos resulta la concurrencia de los tres requisitos.

En el supuesto del número dos del precepto es requisito adicional que el órgano de administración no haya atendido la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría en requerimiento notarial, circunstancia que no resulta del expediente.

En consecuencia, procede exclusivamente la convocatoria de la junta general en los términos a que se refiere el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital para que se delibere y, en su caso, se debata sobre la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y la aplicación del resultado.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 23 de diciembre de 2016.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Guipúzcoa.