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

2.1 Nombramiento de auditores y expertos independientes

Resolución de 18 de enero de 2017

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 art. 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 *intuitu 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».

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 artículo 20 del Código de Comercio). Que exista coincidencia es responsabilidad del órgano de administración a quien incumbe el deber de llevar la gestión de la sociedad con la diligencia debida (art. 225 de la Ley) y a quien incumbe la iniciativa para modificar, en su caso, el contenido de los estatutos (art. 286 de la Ley de Sociedades de Capital). En consecuencia, 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 existen-

cia 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 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 19 de enero de 2017

En el expediente 150/2016 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Instituto Multidisciplinar de Oncología S.A.».

HECHOS

I

Por el Registro Mercantil de Madrid XIV se remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado escrito de Don ….., como apoderado de la mercantil «Instituto Multidisciplinar de Oncología S.A.», en el que viene a solicitar que, en virtud del artículo 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 Pricewaterhousecoopers Auditores S.L., para que, efectúe la verificación de las cuentas

individuales de la mercantil en cuestión correspondientes al ejercicio social que comprende el periodo de seis meses entre el 1 de enero de 2016 y el 30 de junio de 2016.

II

De dicha solicitud se desprende, en esencia:

1.º Que la citada sociedad, está obligada a la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2015 a la finalización del mismo por auditor de cuentas tal como se reconoce en la propia solicitud.

2.º Que el 1 de julio la mercantil en cuestión fue adquirida por otra sociedad en virtud de escritura pública, a consecuencia de lo cual la sociedad pasó a formar parte del grupo multinacional Genesis Care, dedicado a la misma actividad enmarcada dentro del grupo al que pertenece la sociedad en cuestión.

3.º Que el ejercicio de todas las sociedades que forman parte del grupo Genesis Care comienza el 1 de julio y finaliza el 30 de junio de cada año.

4.º Que el 1 de julio de 2016 se celebró Junta General de Accionistas de la Sociedad en la que se adoptaron, entre otros, los acuerdos relativos a modificación del ejercicio de la sociedad, nombramiento de Pricewaterhousecoopers Auditores S.L., como auditor de cuentas para la verificación de las cuentas individuales de la sociedad para el periodo de seis meses comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 30 de junio de 2016, acuerdos que fueron elevados a público y objeto posteriormente de calificación negativa por parte del Registrador dado que su nombramiento se produjo una vez finalizado el ejercicio a auditar.

III

El Registrador mercantil de Madrid XIV 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 sólo 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 XIV, proceda al nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad «Instituto Multidisciplinar de Oncología S.A.» 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 19 de enero de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 20 de enero de 2017

En el expediente 148/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Serator 2007 S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 31 de marzo de 2016 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 28, 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 «Serator 2007 S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

Mediante escrito de 1 de abril del mismo año, María Victoria Arizmendi Gutiérrez, Registradora Mercantil de Madrid, 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 7 de abril de 2016. Mediante Resolución de 12 de abril la citada Registradora mercantil resuelve «no haber lugar a la oposición formulada, procediendo por tanto la designación de auditor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2105».

III

Don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución mediante escrito fechado el día 5 de mayo de 2016. Esta Dirección General dicta Resolución de fecha 27 de julio en la que acuerda «desestimar el recurso y confirmar la Resolución de la Registradora mercantil de Madrid, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez de fecha 12 de abril de 2016». Concluye la mencionada Resolución indicando que «pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»

En cumplimiento de tal Resolución, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez procede al nombramiento de auditor el día 8 de septiembre de 2016 en la persona de don ….., quien acepta el cargo mediante escrito de 15 de septiembre.

IV

Don ….. interpone recurso de alzada contra la Resolución de la Registradora mercantil doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez de 8 de septiembre de 2016 por considerar que «el acuerdo de nombramiento está viciado de nulidad al haberse dictado sin ser ejecutivo el acuerdo desestimatorio del recurso, a lo que se añade la indefensión que se produce a la sociedad ya que cuando se le notifica han pasado, previsiblemente, la mitad del plazo concedido para la emisión del informe». Añade la sociedad recurrente que «con esta misma fecha Serator 2007, S.L. ha presentado reclamación previa a la vía judicial, tal y como prevé la resolución desestimatoria de la Dirección General de Registros y del Notariado por no estar de acuerdo con los argumentos empleados en dicha desestimación. Asimismo se ha solicitado la suspensión de los efectos de su tramitación».

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 y 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. Por lo que se refiere a la pretensión de la nulidad del acuerdo de nombramiento de 8 de septiembre de 2016 por falta de firmeza de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de julio de 2016, no puede ser estimada. Efectivamente, tal resolución, que pone fin a la vía administrativa, fue debidamente notificada conforme se acredita con el registro de salida del Ministerio de Justicia y el asiento de entrada en el Registro Mercantil de Madrid. Además, tal resolución es desde ese momento ejecutable, sin perjuicio del derecho del interesado a impugnarla ante la jurisdicción civil ordinaria desde que le fue debidamente notificada. (arts. 56, 57.1 y 111 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo Común).

2. En cuanto a la manifestación contenida en el recurso sobre la presentación de reclamación administrativa previa a la impugnación ante la jurisdicción civil es objeto de tramitación y resolución por los órganos competentes del Ministerio de Justicia.

En definitiva, procede reiterar que 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), todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados de 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). Por lo tanto, procede ser desestimado.

En su virtud, esta dirección general resuelve desestimar el recurso y ratificar la Resolución de la Registradora mercantil de Madrid, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez de fecha 8 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 Admi-

nistrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 20 de enero de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 23 de enero de 2017

En el expediente 151/2016 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Global Polaris S.L.».

HECHOS

I

Por el Registro Mercantil de Madrid XVIII se remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado escrito de don ….. y don ….., como secretario y presidente del consejo de administración de la mercantil «Global Polaris S.L.» y, además, el primero, como apoderado de la mercantil en cuestión, en el que vienen a solicitar que, en virtud del artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil y al concurrir las circunstancias especiales que el mismo precepto establece, se proceda por esta Dirección General al nombramiento como auditor de cuentas para el ejercicio 2015 a la entidad «Ernst & Young S.L.».

II

De dicha solicitud se desprende que esas circunstancias especiales serían, en esencia, las siguientes:

1.ª Que el 13 de agosto de 2015 la entidad de nacionalidad luxemburguesa Albain Holdco SARL («Albain Luxco») adquirió el 100% de las participaciones de la Sociedad.

2.ª Con fecha 8 de septiembre de 2015 la Sociedad adquirió el 100% de las participaciones en la entidad española Global Malbec S.L.U., («Global Malbec»).

3.ª Que la Sociedad y Global Malbec (conjuntamente, las "Entidades Españolas"), fueron adquiridas por Albain Luxco en el marco del proceso de reorganización del grupo societario al que ésta pertenece (el «Grupo Albain») que se ha llevado a cabo durante los años 2014 y 2015 y que ha afectado a las inversiones de este grupo en distintas jurisdicciones de Europa y Latinoamérica –fundamentalmente, Noruega y Chile–. El objeto fundamental de las Entidades Españolas es desarrollar la actividad holding y en tal contexto canalizar la tenencia de participaciones en sociedades operativas del Grupo Albain.

4.ª En el contexto de la reorganización anterior, el 5 de octubre de 2015, Albain Luxco transmitió el 100% de las participaciones en la Sociedad a la entidad Albain Holdco Norway AS («Albain Norway»), entidad participada íntegramente por aquélla.

5.ª En la misma fecha en la que Albain Norway se convirtió en socio único de la Sociedad, acordó, en su condición de tal, una ampliación de capital de la Sociedad con cargo a la aportación no dineraria del 99,99% de las participaciones en la entidad noruega Ewos Invest AS («Ewos Invest»). Como consecuencia de la aportación de Ewos Invest a la Sociedad en los términos indicados, la Sociedad pasó a ser titular indirecto de la mayoría del capital social en la entidad chilena Nova Austral S.A. («Nova Austral») a través de Ewos Invest que, en ese momento, era titular del 99,99% del capital social de Nova Austral.

6.ª Todas las anteriores operaciones se encuentran debidamente documentadas.

7.ª Por su parte, y en cuanto a las cuentas anuales se refiere de las mercantiles citadas, la antes expresada Nova Austral es una entidad chilena dedicada a la cría, producción y comercialización de salmón, cuyas cuentas anuales han venido siendo auditadas por la firma Ernst & Young Chile durante los últimos dos ejercicios, esto es, 2014 y 2015. Asimismo, Ewos Invest ha venido igualmente siendo auditada por la firma de auditoría Ernst & Young Noruega en los mismos ejercicios en los que lo ha sido Nova Austral. Del mismo modo, Albain Luxco preparó y presentó estados contables consolidados en Luxemburgo en el ejercicio 2014, los cuales fueron auditados por la firma de auditoría Ernst & Young Luxemburgo.

8.ª Con fecha 29 de diciembre de 2015 la Sociedad adquirió de Ewos Invest el 99,99% de las participaciones en Nova Austral en virtud de un contrato privado otorgado en Chile y sujeto a ley chilena; y, por su parte, con la misma fecha, Albain Norway fue objeto de liquidación, atribuyéndose su patrimonio social, compuesto fundamentalmente por las participaciones en la Sociedad, al socio único de aquella, esto es, Albain Luxco, operación de liquidación y transmisión de participaciones que fue debidamente documentada.

9.ª De acuerdo con lo establecido en el artículo 42 del Código de Comercio y lo dispuesto en el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, al 31 de diciembre de 2015 la Sociedad cumplía con los umbrales requeridos para quedar obligada a preparar y presentar estados contables consolidados, si bien, en la medida en que Albain Luxco venía presentando cuentas consolidadas en Luxemburgo, la Sociedad quedaba dispensada de dicha obligación.

10.ª Que, a pesar de lo dispuesto en el punto anterior, Albain Luxco comunicó recientemente a la Sociedad que, contrariamente a lo que ha venido realizando en ejercicios pasados, no va a presentar cuentas anuales consolidadas correspondientes al ejercicio 2015 en Luxemburgo. Consecuentemente, y en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 1515/2007, correspondería a la Sociedad preparar y presentar estados contables consolidados del ejercicio 2015 en los que deberá constar, entre otra información financiera, la información correspondiente a las entidades Ewos Invest y Nova Austral, auditadas ambas por Ernst & Young Noruega y Ernst & Young Chile, respectivamente. El solicitante hace constar a estos efectos que los únicos activos relevantes indirectamente mantenidos por la Sociedad al 31 de diciembre de 2015 son el 99,99% del capital social en Nova Austral y el 99,99% del capital social en Ewos Invest.

11.ª Adicionalmente, la Sociedad ha realizado operaciones en Chile cuyo contravalor en euros al 31 de diciembre de 2015 sobrepasa el umbral de 5.700.000 euros de importe neto de la cifra anual de negocios establecido en el artículo 263.2 de la Lev de Sociedades de Capital, en la redacción dada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Este hecho ha sido confirmado recientemente por la Sociedad a la vista del trabajo de preparación y confección de las cuentas anuales del ejercicio 2015, así como de la auditoría que ha realizado Ernst & Young Chile correspondiente al ejercicio 2015. Consecuentemente, y en vista de que el activo de la Sociedad a 31

de diciembre de 2015 es superior a 2.850.000 euros, la Sociedad quedaría obligada a auditar también sus cuentas anuales individuales correspondientes al ejercicio 2015.

12.ª La particular situación de la Sociedad, por cuanto se trata de una entidad holding cuyos principales activos consisten en su participación en sendas sociedades de nacionalidades chilena y noruega las cuales, a su vez, desarrollan el grueso de su actividad en Chile y Noruega, respectivamente, y cuya cifra de negocios deriva de la actividad que desarrolla en Chile. Ello hace especialmente recomendable que la labor de auditoría de la Sociedad se encomiende a la filial española de la firma de auditoría Ernst & Young, esto es, a Ernst & Young, S.L. («Ernst & Young España) ya que, como se ha indicado, sus filiales chilena y noruega se encargan de la auditoría de Nova Austral y Ewos Invest, respectivamente.

13.ª A la vista de la especial complejidad que envuelve la auditoría de cuentas de la Sociedad, existe además un riesgo para la Sociedad de no poder aprobar las cuentas anuales del ejercicio 2015 antes del 31 de diciembre de 2016 si el trabajo de auditoría no se concluye con anterioridad a esta fecha. Riesgo que se verá notoriamente incrementado si viniese a ser nombrado un auditor distinto de la firma de auditoría Ernst & Young España.

14.ª Por todo lo anterior, termina el interesado su escrito solicitando, en lo que a este expediente interesa, que en atención a las especiales circunstancias que rodean a la Sociedad en relación con la necesidad del nombramiento de un auditor para el ejercicio 2015 y teniendo en cuenta que la función del auditor va a consistir fundamentalmente en la validación del trabajo de auditoría realizado a las filiales de la Sociedad por Ernst & Young Noruega y Ernst & Young Chile, se proceda al nombramiento de la expresada «Ernst & Young S.L.» como entidad encargada de realizar la auditoría de las cuentas anuales individuales y consolidadas de la Sociedad correspondientes a los ejercicios 2015, 2016 y 2017.

III

El Registrador mercantil de Madrid XVIII en su escrito de remisión del expediente a este Centro Directivo, se limita a hace constar la presentación 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 los 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 sólo 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 y de los hechos expuestos resulta que del escrito de solicitud resultan circunstancias especiales que jus-

tifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor debido, resumidamente, a:

1.º La complejidad de las referidas cuentas dadas las múltiples adquisiciones, transmisiones de participaciones entre sociedades del grupo, ampliaciones de capital, disoluciones, liquidaciones y diversas relaciones entre las mismas.

2.º El desarrollo de operaciones mercantiles en el exterior por la misma sociedad y sociedades vinculadas a ella.

3.º La concurrencia de presupuestos reveladores de volumen económico significativo.

4.º La dispensa de obligación de la propia Sociedad por la obligación de la matriz de presentar cuentas consolidadas hasta este momento.

5.º Y, en especial, la labor de auditoría que para todas las sociedades relacionadas del grupo ha estado llevando la firma auditora Ernst & Young en Chile, Noruega y Luxemburgo. En este sentido, el conocimiento del auditor le habilita para verificar las cuentas de la sociedad solicitante, proporcionando con ello una mayor seguridad frente a terceros de las opiniones que se vierten sobre las cuentas de la misma dada la relación entre todas las sociedades auditadas, en cuanto a homogeneidad y coherencia de las mismas.

6.º Por su parte, el Registro Mercantil de Madrid, de donde procede la solicitud, no ha formulado alegación en contrario alguna.

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 «Global Polaris S.L.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes exclusivamente 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 «Ernst & Young S.L.» para que lleve a cabo las labores de auditoría.

3.º Devolver el expediente al Registro Mercantil de Madrid XVIII 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 23 de enero de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 25 de enero de 2017

En el expediente 2/2017 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «DKSH Iberica S.L.».

HECHOS

I

Por el Registro Mercantil de Barcelona se remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado escrito de don ….., en su condición de consejero y secretario de la mercantil «DKSH Iberica S.L.», en el que solicita que, en virtud del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, previa solicitud a la Dirección General de los Registros y del Notariado se proceda al nombramiento como auditor de cuentas a la entidad «Ernst & Young, S.L.» para que efectúe la verificación de las cuentas anuales consolidadas correspondientes a los ejercicios 2014 y de la citada sociedad.

II

En dicha solicitud se manifiestan, en esencia, como circunstancias especiales de la petición las derivadas de errores involuntarios en la omisión del nombramiento e inscripción en tiempo y forma del auditor de cuentas consolidadas en España, así como motivos económicos, de modo 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 355 del Reglamento del Registro Mercantil, se proceda por el Registrador mercantil al nombramiento de auditor de cuentas que corresponda.

III

El Registrador mercantil de Barcelona, don Juan Ignacio Garmendia Rodríguez 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 sólo 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 Barcelona, 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 Barcelona proceda al nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad «DKSH Iberica 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 Admi-

nistrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 25 de enero de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 2 de febrero de 2017

En el expediente 1/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Aula Abierta S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 12 de septiembre de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 19 del mismo mes y año, 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 33,91% del capital social de «Aula Abierta S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, que concluía el 31 de agosto de ese mismo año.

II

Doña ….., en su calidad de administradora única de la sociedad, presenta escrito de oposición a la anterior solicitud que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Madrid el 7 de octubre de 2016.

En dicho escrito aludía la expresada administradora, en esencia, como motivos de oposición a la falta de legitimación de la solicitante, así como su mala fe y abuso de derecho.

III

Por oficio de 31 de octubre de 2016 del Registrador Mercantil de Madrid, don Miguel Seoane de la Parra, y a la vista de la petición de la solicitante, se requiere a la mercantil para que en el plazo de diez días a contar de su notificación aporte al expediente certificación del Libro Registro de Socios acreditativa de todas las acciones que figuren a nombre de doña …

IV

Doña ….., en su calidad de administradora única de la sociedad, expide certificación con fecha 22 de noviembre de 2016 de la que resulta que a la fecha indicada doña ….. es titular de acciones que representan el 33,91% del capital social de la Sociedad.

V

El Registrador Mercantil de Madrid, don Miguel Seoane de la Parra, dictó Resolución con fecha 29 de noviembre de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

VI

Doña ….., en calidad de administradora única de la mercantil, por escrito de fecha 2 de enero de 2016 (*sic*), que se presentó en el Registro Mercantil de Madrid el día 2 de enero de 2017, 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 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.

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 (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 Cen-

tro 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 en cuanto a la mala fe y abuso de derecho por parte de la solicitante y que son ajenas a su naturaleza y objeto.

2. El motivo de recurso referente a la falta de legitimación de la solicitante tampoco puede ser mantenido ya que, como resulta del expediente y ha quedado de manifiesto en el hecho IV de esta resolución, según el cual la propia administradora única de la sociedad certifica con fecha 22 de noviembre de 2016 que a esa fecha, la solicitante, doña ….. es titular de acciones que representan el 33,91% del capital social de la sociedad, por lo que la misma cumple con uno de los dos requisitos básicos para la solicitud, conforme a los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil. Y, respecto del otro requisito, consistente, según los mismos preceptos citados, en que la solicitud se formule dentro de los tres meses a contar desde la fecha de cierre del ejercicio social, se encuentra igualmente cumplido, siendo así que la fecha de cierre del ejercicio social en este caso es el 31 de agosto y el escrito de solicitud se presenta con fecha 19 de septiembre de 2016.

Por lo demás, este Centro Directivo ha entendiendo reiteradamente ser suficiente a tal efecto 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 la solicitante carece de la condición de socio. En realidad no la niega, sino que, incluso, certifica de su participación en la sociedad en los términos antes expresados.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la Resolución del Registrador mercantil de Madrid, don Miguel Seoane de la Parra de fecha 29 de noviembre 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 Admi-

nistrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 2 de febrero de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 15 de febrero de 2017 (1)

En el expediente 3/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ambulancias S.U.A, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 16 de septiembre de 2016, dirigido al Registro Mercantil de La Coruña en el que tuvo su entrada el día 23 del mismo mes y año, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 de la mercantil «Ambulancias S.U.A, S.L.».

II

Don ….., en su calidad de administrador de la sociedad, presenta escrito de oposición a la anterior solicitud que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de La Coruña el 10 de noviembre de 2016.

En dicho escrito aludía el expresado administrador, en esencia, como motivos de oposición la extemporaneidad de la petición del solicitante, pues el ejercicio 2015 de la mercantil en cuestión terminaba el 31 de diciembre de 2015, por lo que la fecha límite para poder instar la petición terminaba el 31 de marzo de 2016.

III

El Registrador Mercantil de La Coruña, don Juan Carlos González Nieto, dictó Resolución con fecha 11 de noviembre de 2016 por la que acordó la improcedencia del nombramiento del auditor solicitado por extemporáneo al haber transcurrido más de tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de los Estatutos Sociales y 359.1.2.º del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don ….., por escrito de fecha 29 de noviembre de 2016, que se presentó en el Registro Mercantil de La Coruña el mismo día 29, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General.

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.

Considerando el plazo de presentación de la solicitud que tuvo lugar con fecha 23 de septiembre de 2016, el solicitante interesa el nombramiento de auditor para verificar las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 de la compañía «Ambulancias S.U.A, S.L.», no puede sino resolverse que la solicitud se encuentra fuera de plazo, dado además lo dispuesto en el artículo 20 de los propios estatutos de la sociedad según Registro mercantil en los que se establece que «el ejercicio social termina cada año el treinta y uno de diciembre».

Por tanto, presentada la instancia de solicitud en el Registro en fecha 23 de septiembre de 2016, debe concluirse que la misma se presentó fuera de plazo, no respetándose el plazo previsto en los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359.1 del Reglamento del Registro Mercantil que establecen como uno de los requisitos para proceder al nombramiento de auditor en este procedimiento precisamente que no hayan transcurrido tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso por extemporáneo y confirmar la Resolución del Registrador mercantil de La Coruña, don Juan Carlos González Nieto de fecha 11 de noviembre 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, 15 de febrero de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo. Sr Registrador de La Coruña.

Resolución de 15 de febrero de 2017 (2)

En el expediente 4/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «VFUS Armonía Galicia, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 4 de noviembre de 2016, dirigido al Registro Mercantil de La Coruña, en el que como socio titular de más del 5% del capital social de «VFUS Armonía Galicia, S.L.», interpone recurso extraordinario de revisión contra la Resolución de dicho Registro Mercantil de fecha 10 de abril de 2013.

El escrito señala los siguientes motivos de recurso:

a) Que la resolución recurrida está dictada con error de hecho al basarse en una Resolución de 16 de mayo de 2011 (*sic*), de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado que la parte no ha podido localizar.

b) Que la resolución se basa en diversos aspectos errados como son que el nombramiento de auditor voluntario fue efectuado por órgano no competente y que se omitió el trámite de audiencia al suscribiente al resultar escrito de oposición de la sociedad del que no se le dio traslado.

Por lo expuesto se interpone recurso extraordinario de revisión de conformidad con lo establecido en el artículo 108 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, fundamentado en las causas 1.ª y 2.ª del apartado 1.º del artículo 118 de dicha Ley y dentro del plazo de cuatro años y tres meses, respectivamente, a contar desde el conocimiento del referido documento.

II

El mismo recurrente, por escrito de fecha 11 de noviembre de 2016, lleva a cabo alegaciones complementarias de las que resulta:

a) Que se le ha facilitado copia parcial de la Resolución de 16 de mayo de 2001 en que se basó la resolución impugnada. Que de ella resulta, correctamente interpretada, la necesaria estimación de su pretensión.

b) Que el recurrente no tuvo conocimiento del nombramiento de auditor voluntario hasta que por el Registro Mercantil le comunicó la desestimación de su solicitud de nombramiento de auditor, sin que el recurrente haya tenido conocimiento del contenido de los acuerdos del Consejo de Administración que en su día llevó a cabo la designación de auditor voluntario.

c) Que, como se puso de manifiesto en su día, no es el Consejo de Administración el órgano competente para proceder al nombramiento de auditor.

d) Que su inscripción en el Registro Mercantil se llevó a cabo después de que el recurrente hubiera planteado su decisión.

e) Que, en consecuencia, la doctrina de la Resolución de 16 de mayo de 2001 reflejo de la denominada «teoría de la emisión», debería ser sustituida por la más justa teoría «del conocimiento.»

III

El Registrador mercantil de La Coruña, don Juan Carlos González Nieto, mediante Resolución de fecha 16 de noviembre de 2016, resolvió inadmitir el recurso por los siguientes motivos:

a) Inscrita la designación de auditor llevada a cabo en su día por el órgano de administración, la inscripción practicada queda bajo la salvaguarda de los Tribunales y sólo puede ser rectificada, en defecto de consentimiento del titular, por resolución judicial (arts. 1 y 40 de la Ley Hipotecaria).

b) Conforme a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el recurso extraordinario de revisión sólo es admisible cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en su artículo 125.1 lo que no ocurre en el supuesto.

c) En todo caso, y en cuanto al fondo de la cuestión, el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital atribuye a la Junta General de socios la competencia para el nombramiento de auditor en el supuesto de que la sociedad esté obligada a la verificación de sus cuentas anuales (arts. 263 a 265), por lo que si la sociedad no está obligada es inscribible la designación llevada a cabo por el órgano de administración (Resolución de 25 de junio de 2015).

IV

El recurrente presenta un escrito de fecha 13 de enero de 2017 dirigido a la Dirección General de los Registros y del Notariado en el que hace constar:

a) Que se cumplen los requisitos del artículo 125.1 de la Ley.

b) Que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 2001, a la que no tuvo acceso en su día, da la razón a la procedencia del nombramiento de auditor solicitado en su día.

c) Que leída con detenimiento la Resolución de 25 de junio de 2015, alegada ahora por el Registrador mercantil, sigue dando la razón al solicitante.

d) Que no puede ser juez y parte el Registrador quien debería haber dado traslado a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que es el órgano que debería haber respondido de la legalidad del recurso extraordinario de revisión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 94, 107, 108, 109, 114, 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.

1. Solicitado en su día por el ahora recurrente la designación de auditor de la sociedad al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y rechazada su solicitud por Resolución del Registro Mercantil de La Coruña de fecha 10 de abril de 2013, se presenta ante el mismo Registro, en fecha 4 de noviembre de 2016 (complementado con escrito de fecha 11 de noviembre

de 2016), escrito por el que se interpone recurso extraordinario de revisión al amparo del artículo 108 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

El Registrador mercantil de La Coruña, por Resolución de fecha 16 de noviembre de 2016, inadmite el recurso por los motivos que resultan de los hechos más arriba expuestos.

2. Resulta evidente que esta Dirección General de los Registros y del Notariado es incompetente para conocer del recurso interpuesto contra la anterior. Como resulta del artículo 118.1 de la Ley 30/1992 (aplicable al supuesto de conformidad con la disposición transitoria tercera, letra a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), el órgano competente para el conocimiento de los recursos extraordinarios de revisión es el mismo órgano que dictó el acto impugnado, órgano que se ha pronunciado en contra de la solicitud y contra cuya resolución no cabe, en el ámbito administrativo, ulterior recurso.

3. Como ha enfatizado la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de mayo de 2012: «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 – sólo 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…"».

Como resulta de los hechos el recurrente, que no interpuso recurso contra la Resolución del Registro Mercantil de La Coruña de fecha 10 de abril de 2013 por la que se desestimó su solicitud pretende que, en contra de los preceptuado en el artículo 118 de la Ley 30/1992, esta Dirección General entre a conocer del fondo del asunto de forma que se le conceda ahora lo que no se concedió entonces y contra cuya decisión no se interpuso el preceptivo recurso como se reconoce en el propio escrito presentado.

Aunque así no fuera, es preciso recordar, como hace el Tribunal Supremo en la sentencia citada que: «Como lo que se denuncia en este motivo de casación debe entenderse que es la infracción del apartado 2.º del artículo 118.1 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) (ya hemos visto que la parte recurrente, por error, alega la infracción del artículo 118.2), también es conveniente notar que este supuesto, así como el

que le precede y el que le sigue, responden al propósito de que sean subsanables las consecuencias del error de hecho en que pueda haber incurrido la actuación administrativa impugnada cuando tal error fáctico sea constatado por alguna de las diferentes vías que en tales apartados se indican, esto es, la documentación obrante en el propio expediente (apartado 1.º); documentos de valor esencial que no estuvieron a disposición de los interesados y que evidencien el error (apartado 2.º, que es la que aquí interesa); y, finalmente, la declaración judicial de falsedad de los documentos o testimonios que fueron decisivos para la resolución administrativa (supuesto previsto en el apartado 3.º del art. 118.1).»

Nada de esto se produce en el supuesto a que se refiere el presente expediente en el que no existe error de hecho alguno acreditado (pues la pretensión del recurrente de imputar al Registro Mercantil su desconocimiento de una Resolución de esta Dirección General que sirvió de fundamento jurídico, no de hecho, a su decisión es absolutamente rechazable), ni tampoco documento alguno ajeno al expediente que resulte esencial para su resolución conforme a Derecho.

En definitiva, ni esta Dirección es competente para resolver un a modo de recurso de alzada contra un recurso extraordinario de revisión resuelto por el órgano competente (recurso inexistente en nuestro ordenamiento), ni resultan del expediente acreditados los motivos en que éste podría basarse. Agotada en su día la vía administrativa contra la Resolución del Registrador mercantil de La Coruña no por ello queda desamparada la posición jurídica del solicitante que, como pone de relieve el Registrador mercantil, tiene abierta la vía jurisdiccional para la defensa de los intereses que a su juicio deban ser objeto de protección. Lo que no puede pretender es que esta Dirección se pronuncie sobre el fondo de una cuestión sobre la que carece de competencia (art. 12 de la Ley 30/1992), y que quedó resuelta en su día causando estado firme en el ámbito administrativo (art. 114 de la propia Ley 30/1992).

En su virtud, esta Dirección General resuelve inadmitir el recurso interpuesto contra el extraordinario de revisión resuelto por el Registrador mercantil de La Coruña don Juan Carlos González Nieto en fecha 16 de noviembre 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, 15 de febrero de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de La Coruña.

Resolución de 14 de marzo de 2017 (1)

En el expediente 5/2017 sobre nombramiento de auditor y posterior desistimiento de la sociedad «Elgorriaga Brands, S.A.»

HECHOS

I

Don ….., actuando como administrador único de la sociedad, presentó un escrito de fecha 3 de noviembre de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Ávila, en el que tuvo su entrada el día 9 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015. La solicitud se funda en que estando la sociedad obligada a verificar sus cuentas anuales y habiendo finalizado el ejercicio a auditar sin que la Junta General haya procedido a nombramiento de auditor, corresponde su designación al Registrador mercantil.

II

El Registrador mercantil de Ávila, don Jesús María Jiménez Jiménez mediante Resolución de fecha 14 de noviembre de 2016 designa como auditor a Jab Systems Auditors S.L.P. la cual, debidamente notificada y mediante escrito de fecha 21 de noviembre del mismo año, acepta la designación.

III

Con fecha 2 de diciembre de 2016, don ….., en su calidad de administrador de la sociedad Elgorriaga Brands S.A. presenta ante el Registro Mercantil de Ávila escrito de la misma fecha en el que expone: que el día 10 de diciembre de 2015, la junta general de la sociedad aprobó el nombramiento de un auditor para el ejercicio 2015. Que en fecha 26 de septiembre de 2016 fue presentada ante el Registro Mercantil. Que, por error, el día 31 de octubre de 2016 (*sic*), solicitó del Registro Mercantil el nombramiento de auditor para dicho ejercicio habiendo sido notificada la sociedad de la designación y aceptación de Jab Systems Auditors S.L.P. Que su representada no puede aceptar dicho nombramiento por existir ya designado auditor de cuentas por lo que desiste de la solicitud de nombramiento de auditor anteriormente llevada a cabo.

IV

En fecha 9 de diciembre de 2016 y a la vista de la anterior solicitud, el Registrador mercantil de Ávila, don Jesús María Jiménez Jiménez, resuelve que procede el cierre del expediente notificándolo a la sociedad designada anteriormente.

V

El día 19 de diciembre de 2016, don ….., actuando en representación de la sociedad Jab Systems Auditors S.L.P. interpone recurso contra la anterior en base a los argumentos que, resumidamente, se exponen a continuación: Que la sociedad manifiesta pero no demuestra que la junta general llevase a cabo la designación de auditor. Que el nombramiento fue para el ejercicio 2015, lo que resulta extraño pues siendo el primero debe hacerse por un trienio. Que se afirma, pero no se demuestra que el 26 de septiembre de 2016 presentaron en el Registro Mercantil la solicitud de inscripción lo que choca con la designación posterior del recurrente. Que estando la sociedad obligada a la verificación de las cuentas anuales no puede admitirse el desistimiento o renuncia a la designación de auditor. Que el nombramiento devino firme al no ser impugnado por la oposición prevista en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil. Que así resulta de la Resolución de 30 de noviembre de 2016. Que, en conclusión, no cabe el desistimiento pues sólo cabría el trámite de oposición. Que aun entendiendo que el escrito de desistimiento es un trámite de oposición debe rechazarse por ser extemporáneo y porque los hechos afirmados en el escrito no han resultado acreditados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto el artículo 6.2 del Código Civil; artículos 4, 53, 84 y 94 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículo 265.1 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 19 de julio de 1993, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 2002, 30 de enero de 2008 y 27 de mayo de 2011 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 1993, 21 de enero de 1999, 10 de octubre de 2011, 11 de enero de 2012, 2 de diciembre de 2013, 31 de enero de 2014 y 17 de abril de 2015.

1. La cuestión que se plantea en este expediente consiste en determinar si nombrado un auditor de cuentas a instancia de la sociedad, de conformidad con la previsión del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y, presentada posteriormente renuncia al nombramiento efectuado por la propia sociedad que instó el nombramiento y acordado por el Registrador Mercantil el cierre del expediente, puede el auditor cuyo nombramiento entiende revocado, oponerse al cierre del expediente y a la revocación de su nombramiento.

La respuesta a dicha cuestión debe resolverse de conformidad con la doctrina que este Centro Directivo (*vide* vistos), ha elaborado en supuestos semejantes al que ahora se plantea. De acuerdo con la misma, y con el fin de fijar adecuadamente el supuesto de hecho, es preciso distinguir entre el supuesto de desistimiento y el de renuncia.

Así, una vez finalizado el expediente de nombramiento de auditor que se ha llevado a cabo de conformidad con las previsiones de la propia Ley de

Sociedades de Capital y de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, con la resolución de nombramiento del Registrador Mercantil, y una vez firme esta, no cabe ya desistir ni renunciar a la solicitud que inició el expediente pues, si bien es cierto que el desistimiento puede presentarse en cualquier momento del procedimiento, no lo es menos que no puede aceptarse cuando dicho procedimiento ya ha concluido. Es decir, se trata de una forma de terminación del procedimiento que solo opera cuando éste está abierto. En igual sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (*vide* vistos), que ha insistido en que el desistimiento es, de conformidad con el artículo 87 de la Ley 30/1992 (hoy, art. 84 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), un modo de poner fin al procedimiento iniciado.

2. Consecuentemente, no debe confundirse tal desistimiento con el supuesto que se produce cuando, reconocido el derecho en que se basa la pretensión del interesado mediante el oportuno nombramiento, aquél renuncia al derecho que ha sido objeto de reconocimiento. Al igual que el vigente artículo 84 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, distingue entre el desistimiento del procedimiento y la renuncia al derecho en que se funda la solicitud, como medios de finalización de un procedimiento abierto, debe tenerse en cuenta la situación que se produce cuando el procedimiento ha finalizado y el interesado renuncia.

Efectivamente, finalizado el procedimiento con el reconocimiento de la pretensión del interesado, es evidente que no cabe propiamente desistimiento puesto que la pretensión ha sido debidamente reconocida (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2002). Pero nada obsta a que el interesado, de conformidad con las reglas generales del ordenamiento, renuncie al derecho reconocido.

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 conforme al cual: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

De conformidad con la regulación sustantiva, la renuncia sólo es válida si es llevada a cabo por el titular del derecho, no contraría el interés o el orden público ni perjudica a tercero. Centrándonos en este último requisito, es 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 sociedad en cuyo favor se reconoció el derecho al nombramiento de auditor de cuentas ha expresado su voluntad inequívoca de renunciar al derecho reconocido. A la luz de las anteriores circunstancias el Registrador mercantil accede a la pretensión y da por cerrado el expediente, decisión que esta Dirección General no puede sino confirmar. Resultando que la sociedad que solicitó el nombramiento afirma que el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil carece de objeto al ser inexistente el interés protegible, es evidente que el Registrador actuó correctamente al cerrar el expediente y notificar dicha circunstancia al auditor nombrado.

La apreciación de la renuncia verificada, como resulta de las anteriores consideraciones y del principio general consagrado en el artículo 6 del Código Civil, lo es sin perjuicio de tercero por lo que, el auditor cuyo cargo ha quedado revocado por la renuncia podrá exigir de la sociedad los derechos que se hayan devengado, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 de la Ley de Sociedades de Capital.

5. Las afirmaciones de contrario del recurrente no pueden enervar las consideraciones anteriores. El escrito de recurso se basa en dos conjuntos de afirmaciones:

Por el primero se afirma que el nombramiento de auditor por la sociedad es irregular, por referirse sólo a un ejercicio, y que no está acreditado ni su existencia ni la presentación en el Registro Mercantil. Téngase en cuenta sin embargo que el objeto de la presente no lo constituye ninguna de dichas cuestiones que tendrán, en su caso, el tratamiento que les corresponda en el momento de presentar el nombramiento a inscripción y, en su caso, las cuentas a depósito. Ambas cuestiones tendrán que ser valoradas en su momento por el Registrador mercantil competente sin que esta Dirección pueda ahora prejuzgar sobre su decisión ni sobre sus consecuencias.

El segundo grupo de argumentos hace referencia a que no cabe desistimiento ni renuncia en sociedades obligadas y que, en cualquier caso, debería haberse expresado por trámite de oposición de la sociedad. Hay que tener en cuenta al respecto que siendo la sociedad la que inició el procedimiento de solicitud de designación de auditor, no cabe hablar de trámite de oposición que sólo tiene sentido en el supuesto en que no es la propia sociedad quien inicia el procedimiento (*vide* arts. 350 y 354 del Reglamento del Registro Mercantil). Por otro lado, no puede aceptarse la afirmación de que la sociedad no puede renunciar a la designación ya realizada: en primer lugar, porque no existe fundamento legal para dicha exclusión y en segundo lugar porque la

aplicación del artículo 265.1 exige la concurrencia del supuesto de hecho que el mismo contempla: la inexistencia de designación antes del cierre del ejercicio. En consecuencia, no estamos propiamente ante un supuesto de renuncia sino de afirmación de inexistencia del fundamento de la solicitud que originó el nombramiento, tal y como lo expresa el propio escrito presentado por la sociedad. La afirmación por el órgano de administración de la sociedad que el nombramiento fue llevado a cabo por la junta general antes del fin del ejercicio a auditar excluye la aplicación del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y deja sin fundamento el procedimiento previsto para dicho supuesto. Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, ni jurídica ni económicamente tendría justificación la designación o mantenimiento de un nuevo auditor que llevase a cabo la misma tarea de verificación que se ha realizado o que se ha de realizar. 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 y sin perjuicio de la valoración jurídica que de tal pretensión puedan deducir los Tribunales de Justicia (Fundamento de Derecho segundo *in fine*).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso confirmando la resolución del Registrador mercantil por la que puso fin al expediente.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 14 de marzo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Ávila.

Resolución de 14 de marzo de 2017 (2)

En el expediente 13/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Heavenly Homes Mojacar, S.L.»

HECHOS

I

Don ….., actuando en representación de doña ….., presentó un escrito de fecha 13 de enero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, en el que tuvo su entrada el día 17 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 «Heavenly Homes Mojacar, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitud no menciona la causa conforme al artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil. 2.º Que la sociedad carece de actividad económica y de recursos para abonar los gastos de auditoría.

III

La Registradora mercantil de Málaga núm. 4, doña María del Carmen Pérez López-Ponce de León dictó Resolución en fecha 7 de febrero de 2017 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 29 de febrero de 2017, 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 argumentos en que se basa puede contradecir la Resolución de la Registradora mercantil.

En primer lugar, porque 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, y como más recientes las de 12 de mayo, 4 de julio, 23 de septiembre y 23 de noviembre de 2016).

2. La afirmación de que la sociedad carece de actividad tampoco merece el respaldo de esta Dirección. 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.* artículo 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 (Resoluciones de esta Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio, 28 de julio y 5 de agosto de 2014, 25 de junio de 2015 y 5 de julio de 2016).

El mismo destino desestimatorio le corresponde a la afirmación de que la sociedad carece de medios para afrontar los costes derivados de la práctica de la auditoría. 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 (Resoluciones de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero, 30 de julio, 4 y 5 de agosto de 2014 y 12 y 18 de julio, 23 de septiembre y 23 de noviembre de 2016 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la Resolución de la Registradora mercantil de Málaga núm. 4, doña María del Carmen Pérez López-Ponce de León de fecha 7 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 14 de marzo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Málaga.

Resolución de 16 de marzo de 2017

En el expediente 6/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Muebles y Asientos de Oficina, S.L.»

HECHOS

I

Doña ….., doña ….. y don ….. presentaron un escrito de fecha 12 de diciembre de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y como socios de la entidad «Muebles y Asientos de Oficina, S.L.», el nombramiento de un experto independiente que determine el valor real de las participaciones sociales.

Basan su pretensión en lo siguiente:

1.º Que la junta general de socios de la sociedad, debidamente convocada, se celebró el día 10 de noviembre de 2016, acordando la modificación del artículo 8 de los estatutos, relativo al régimen de transmisión intervivos de las participaciones sociales, con el voto en contra de los solicitantes.

2.º Que se da el supuesto previsto en el artículo 346.2 de la Ley de Sociedades de Capital (con cita de la Resolución de este Centro de 21 de enero de 2015).

3.º Que los solicitantes han ejercitado en forma su derecho de separación y han notificado a la sociedad por lo que, al no existir acuerdo, procede que el Registro Mercantil nombre experto independiente.

Junto a la solicitud acompañan documentación complementaria.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Sin perjuicio de que los solicitantes no acreditan la discrepancia en relación al valor de las participaciones, a la persona que haya de valorarlas o al procedimiento a seguir, lo cierto es que no se da el supuesto de hecho previsto en la norma por cuanto la sociedad no ha procedido a modificar el régimen de transmisión de las participaciones al limitarse a adecuar la vigencia de los estatutos sociales a la Ley de Sociedades de Capital como consecuencia de los cambios introducidos en esta última. Que si bien no existe un mandato expreso de adecuar los estatutos a la nueva regulación es evidente su conveniencia, especialmente, como es el caso, cuando los cambios son imperativos como recoge el artículo 107.3 al introducir la prohibición absoluta de atribuir al auditor de cuentas de la sociedad la fijación del valor de transmisión de las participaciones, por lo que la modificación se ha limitado a adecuarse a la norma mercantil vigente.

III

El Registrador mercantil de Barcelona, don José Antonio Rodríguez del Valle Iborra dictó Resolución en fecha 9 de enero de 2017 por la que acordó admitir la oposición y desestimar la solicitud de nombramiento de experto independiente. El Registrador fundamenta su Resolución, sin perjuicio de la calificación que no se prejuzga a los efectos de su inscripción en el Registro Mercantil, en el hecho de que el acuerdo de modificación alcanzado tiene un alcance meramente formal al actualizar un precepto estatutario que ha devenido ineficaz como consecuencia de modificaciones legislativas. La posición jurídica del socio queda así inalterada por la modificación operada al venir regulada por una norma de carácter imperativo

IV

Doña ….., doña ….. y don ….., por escrito de fecha 31 de enero de 2017, que tuvo entrada el día 1 de febrero de 2017 en el Registro Mercantil de Barcelona, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General en base a los siguientes argumentos que, resumidamente expuestos, afirman: 1.º El contenido del artículo 8 de los estatutos, en su redacción dada hasta el acuerdo de 10 de noviembre de 2016, establecía un plazo de dos meses para transmitir sus participaciones si ningún otro socio o la sociedad ejercía su derecho de adquisición. El precio sería, a falta de común acuerdo, el valor real determinado por el auditor de cuentas de la sociedad, y si no estaba obligada el auditor designado por el Registrador mercantil. El artículo 8 modificado se refiere al plazo de un mes y al valor razonable determinado por experto independiente designado por los administradores de la sociedad. 2.º Que el régimen de transmisión de participaciones recogido en el artículo 8 es un régimen contractual de aplicación prioritaria sobre el régimen legal al tener dicho artículo su propia autonomía al no limitarse a remitirse o a reproducir la norma legal especificando las diferencias entre el régimen estatutario y el legal. De lo anterior resulta que el artículo 8 de los estatutos tiene un carácter contractual distinto al legal que es una norma dispositiva y de carácter subsidiario, con cita de la Resolución de este Centro de 15 de noviembre de 2016. De lo anterior resulta que la modificación legal sólo puede afectar a lo que tiene de imperativo aquél. 3.º La modificación operada en el ámbito del artículo 8 de los estatutos afecta al régimen contractual de las transmisiones intervivos de las participaciones. Que es un hecho que ha habido modificación estatutaria del régimen de transmisión

de participaciones, que el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital no hace distinciones y que las cuestiones relativas al alcance y contenido de las modificaciones deben dirimirse ante el órgano judicial competente como afirmó la Resolución de 21 de enero de 2015. 4.º Que no es cierta la afirmación de la Resolución recurrida sobre el hecho de que la posición jurídica de los socios es idéntica antes y después de la modificación efectuada. Que la sustitución del auditor por el experto independiente sólo es imperativa en los supuestos de transmisión a título oneroso distinto de la compraventa, pero no para valorar participaciones cuando el negocio es de compraventa como es el caso. En la redacción anterior del artículo 8 para el caso de compraventa, se determinaba que habría de ser determinado el valor por el auditor nombrado por el Registrador mercantil introduciéndose en la modificación que serán los administradores de la sociedad. Que a partir de ahora la designación será llevada a cabo por los administradores que, ahora, representan exclusivamente a dos de las tres familias que ostentan el capital social pues las recurrentes, que representan a la tercera, han sido expulsadas del órgano de administración. El cambio introducido no viene impuesto por norma alguna para la compraventa de participaciones pues se fija exclusivamente a falta de determinación estatutaria. Que la reducción del plazo de ejercicio de dos meses a un mes tampoco viene impuesta por norma imperativa alguna pues en la redacción anterior se partía de un propósito de vender, ahora se habla de un supuesto en el que existe una transmisión ya concertada con lo que la limitación a un mes resulta lesiva para el interés del socio. Que los únicos cambios imperativos de la nueva redacción del artículo 107 de la Ley de Sociedades de Capital hacen referencia a la sustitución del valor real por el valor razonable, la prohibición de que los estatutos atribuyan al auditor de la sociedad la facultad de valorar participaciones y la sustitución del auditor por el experto independiente. Que en consecuencia el resto de las modificaciones introducidas no son meras adecuaciones a normas imperativas sino alteraciones del régimen estatutario origen del derecho de separación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; artículos 346, 348, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero y 14 de mayo de 2015.

1. Constituye el objeto de la presente dilucidar si, como consecuencia de una modificación estatutaria que afecta al régimen de transmisión de las participaciones sociales de una sociedad, existe o no derecho de separación y, en su ejecución, derecho a que por el Registrador mercantil se designe experto independiente. Así lo entienden los solicitantes y ahora recurrentes para quienes la modificación efectuada en el régimen estatutario de transmisión de participaciones afecta al ejercicio de su derecho de transmisión. Por el contrario, la sociedad en trámite de oposición y el Registrador mercantil entienden que

la modificación estatutaria viene determinada por la modificación operada en el régimen legal y no afecta a los derechos de los socios.

2. Es doctrina de esta Dirección General (*vide* Resoluciones de 2 de noviembre de 2010, de 7 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2015), que la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social (*vid.* apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las causas legales de separación de los socios, sino que se permiten otras estatutarias (*cfr.* arts. 346 y 347 de la Ley Sociedades de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones» (sentencia del Tribunal Supremo 63/2011, de 28 de febrero).

Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* Resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

3. Ahondando en esta afirmación y por lo que se refiere al procedimiento, la doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 2 de marzo de 2002, 17 de octubre de 2006 y de 20 de enero de 2011), ha puesto de relieve que el nombramiento de auditor para determinar el valor razonable de las acciones o participaciones sociales a que se refiere el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil está indisolublemente unido a «los casos establecidos en la Ley» para el ejercicio de este derecho. En otras palabras, que no es un derecho que pueda ejercitarse sin más por cualquier socio con el fin de conocer el valor de sus acciones o participaciones y, por tanto, que necesariamente tiene que

concurrir la circunstancia de tratarse de un supuesto de los tasados por la Ley (*vide* sentencia del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero).

4. Establecido lo anterior y sin perjuicio de la calificación que merezca, en su caso, la solicitud de inscripción de la modificación de los estatutos en el Registro Mercantil, cuestión que, como apunta el Registrador mercantil, no es objeto de debate ni puede serlo de esta Resolución, la cuestión se centra en determinar si concurre o no la modificación estatutaria que ampare el nacimiento y ejercicio del derecho de separación que los solicitantes y recurrentes demandan.

Y es forzoso aceptar que así es. La redacción del artículo 8 de los estatutos sociales antes y después de la modificación llevada a cabo por la junta general de la sociedad reunida el día 10 de noviembre de 2016 es idéntica salvo en dos aspectos específicos.

Comenzando con el primero, la redacción anterior al acuerdo de modificación del artículo 8 de los estatutos preveía para el supuesto de transmisión de las participaciones lo siguiente: «El socio que se proponga transmitir intervivos su participación o participaciones sociales a persona extraña a la sociedad, es decir, a cualquiera que no ostente la condición de socio, deberá comunicarlo mediante escrito dirigido al órgano de Administración, que lo notificará a los demás socios en el plazo de quince días. Estos podrán optar a la compra dentro de los treinta días siguientes a la notificación, y si son varios los que desean adquirir la participación o participaciones, se distribuirá entre ellos a prorrata de sus respectivas partes sociales. En el caso de que ningún socio ejerza este derecho, podrá adquirir la sociedad esas participaciones en el plazo de otros treinta días para ser amortizadas, previa reducción del capital social. Transcurrido este último plazo sin que por los socios ni por la Sociedad se haya ejercitado ese derecho de adquisición preferente o cuando las solicitudes no comprendan la totalidad de las participaciones ofrecidas, el socio quedará libre para transmitir sus participaciones sociales, en la forma y modo que tenga por conveniente, siempre que la transmisión tenga lugar dentro de los dos meses siguientes a la terminación del último plazo indicado…»

La redacción posterior al acuerdo de 10 de noviembre de 2016 es idéntica salvo en que el plazo de dos meses a que se refiere el inciso final del texto transcrito se sustituye por el plazo de un mes. Esta limitación del plazo constituye una evidente limitación en el ejercicio del derecho de separación tal y como está contemplado en los estatutos por lo que no cabe sino la estimación del motivo. Es cierto que el vigente artículo 107 de la Ley de Sociedades de Capital contempla el plazo de un mes para el supuesto de que la sociedad comunique al socio la identidad de un adquirente, pero dicho plazo no constituye un mandato imperativo y no impide en absoluto que los estatutos, en ejercicio del principio de autonomía previsto en el mismo artículo (*vide* artículo 107.2), amplíen el plazo para favorecer el ejercicio del derecho de separación por los socios.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que cuando el ordenamiento regula las causas legales que facultan al socio para ejercer el derecho de separación, no hace distinción sobre el alcance de dichas modificaciones estatutarias, así como que en este procedimiento el Registrador Mercantil se limita a comprobar si concurre o no causa legal que autorice el nombramiento de auditor solicitado, y que las cuestiones relativas al contenido y alcance de las modificaciones estatutarias realizadas deben dilucidarse por el órgano judicial competente de la jurisdicción civil en caso de impugnación.

La segunda modificación operada por el acuerdo de 10 de noviembre de 2016 se refiere a la segunda parte del artículo 8 de los estatutos (inmediata a la ya transcrita) que, en su redacción anterior, dice así: «En otro caso deberá repetirse de nuevo el procedimiento. Para el ejercicio del derecho de adquisición que se concede en el presente artículo, el precio de venta será el fijado de común acuerdo por las partes, y, en su defecto, el valor real de las participaciones al día en que se hubiera comunicado a la Sociedad el propósito de transmitir. Se entenderá por valor real el que determine el auditor de cuentas de la sociedad, y, si esta no estuviese obligada a la verificación de las cuentas anuales, el fijado por un auditor de cuentas designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de cualquiera de los interesados»

La modificación se refiere a la sustitución del término «valor real» por el término «valor razonable», así como por el completo inciso final que, tras el acuerdo, tiene la siguiente nueva redacción: «*Se entenderá por valor razonable el que determine un experto Independiente distinto al auditor de cuentas de la Sociedad, designado a tal efecto por los administradores de ésta.*» La modificación incorpora al texto estatutario la dicción literal contenida en el apartado 2.d) del artículo 107 de la Ley de Sociedades de Capital en la redacción introducida por la disposición final cuarta de la Ley 22/2015, de 20 de julio de Auditoría. A diferencia del supuesto anterior, el contenido del artículo 107 de la Ley de Sociedades de Capital es, en este concreto aspecto, claramente imperativo por cuanto excluye de la competencia del Registrador mercantil la de designar al experto que haya de llevar a cabo la valoración, así como precisa que en ningún caso puede recaer la elección en la persona del auditor de la sociedad obligada.

Es cierto, como pone de relieve el escrito de recurso, que el artículo 8 de los estatutos, tanto en su redacción anterior como en la derivada del acuerdo de 10 de noviembre de 2016, contiene una regulación que difiere de la establecida en el artículo 107 de la Ley de Sociedades de Capital. También es cierto que la dicción del artículo 8 *in fine* parece referirse tanto al supuesto de compraventa como de cualquier otra transmisión intervivos, como supuestos en que interviene el experto designado por los administradores. Pero es preciso insistir en que el objeto de la presente no es dilucidar si la redacción del artículo 8 de los estatutos de la sociedad es conforme o no al régimen previsto en el artículo 107 de la Ley de Sociedades de Capital (cuestión que se diluci-

dará, en su caso, al solicitar la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil), sino determinar si la modificación operada constituye o no un supuesto de alteración de las condiciones de ejercicio del derecho de transmisión de las participaciones que justifique el nacimiento y ejercicio del derecho de separación. Y lo cierto es que no es así por cuanto la modificación operada se limita a incorporar al texto estatutario, que en lo demás permanece intocado, la previsión legal de que el valor ha de ser el denominado «valor razonable», así como que la competencia para designar al experto independiente corresponde al órgano de administración.

La especulación de que como consecuencia de la reestructuración del órgano de administración la modificación estatutaria implica «per se» una alteración en perjuicio de los socios es inaceptable y no sólo por dar como cierta la connivencia en perjuicio sino porque destruye a priori la independencia e imparcialidad del eventual experto designado para hacer la valoración, cuestiones todas ellas que, de plantearse, habrían de estar sujetas a los principios de competencia judicial y de contrariedad en el ámbito del procedimiento jurisdiccional determinado por la Ley.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso en los términos que resultan de las consideraciones anteriores y revocar la Resolución del Registrador mercantil de Barcelona núm. 6, don José Antonio Rodríguez del Valle Iborra de fecha 9 de enero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 16 de marzo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 23 de marzo de 2017

En el expediente 11/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Euromant Textil S.L.».

HECHOS

I

Don …. presentó un escrito de fecha 9 de enero de 2017, 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 Textil, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

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 «tiene a su disposición toda la documentación de la sociedad para su estudio y tranquilidad». Además, manifiesta que desde la constitución de la sociedad el propio solicitante ha sido el administrador único de la misma y nunca ninguno de los tres socios, hermanos del mismo, ha solicitado la auditoría de las cuentas. Además, indica que «existe un problema añadido que perjudica a Eorumant Textil S.L., que no es ni más ni menos que las relaciones extra–empresariales, familiares y de herencia entre todos los hermanos socios» que se están dilucidando ante la jurisdicción civil.

III

El Registrador mercantil de Valencia Número 6, doña Isabel Querol Sancho dictó Resolución en fecha 31 de enero de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….. y doña ….., como administradores solidarios de la sociedad, por escrito de fecha 20 de febrero de 2017, que tuvo entrada el día 22 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 «falta la explicación de la causa o motivo por la que es necesario la designación de un auditor, por lo que falta la bona fides en la actuación del solicitante que siempre se ha considerado de necesaria observancia en la relaciones entre las personas».

Por último, indican los recurrentes que se han auditado las cuentas correspondientes a los ejercicios 2012, 2013, 2014 y 2015 sin que haya resultado de los respectivos informes «situación irregular alguna».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 al no expresar causa alguna en la mencionada solicitud y las posibles consecuencias de contenido negativo para la sociedad sin beneficio alguno para el mismo.

2. Respecto a la primera 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 arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

3. 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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la Resolución del Registrador mercantil de Valencia núm. 6 doña Isabel Querol Sancho de fecha 31 de enero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 23 de marzo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 5 de abril de 2017 (1)

En el expediente 21/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Viajes Levante Tour, S.A.»

HECHOS

I

Don …..presentó un escrito el 23 de enero 2017, 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.A.» (titular del 15%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por Resolución de 24 de enero en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 6 de febrero, presentado el día siguiente, alegando la ausencia de causa en la solicitud por parte del socio minorista, así como la ausencia de buena fe en el ejercicio de su derecho y por tanto el carácter antisocial del mismo. Además, indica en su escrito de alegaciones que la transmisión de acciones efectuada por don …..a favor del hoy solicitante «obedecía a la contratación laboral de éste último incorporándolo a Viajes Levante Tour, S.A. disfrutando de unas buenas condiciones de desarrollo del ejercicio de sus funciones y de buenas condiciones retributivas, colmando sus exigencias económicas, al ser considerado el Sr. ….. como un profesional altamente cualificado.» Se añade un pacto en la propia escritura de compraventa por la que tal transmisión queda «vinculada a la relación laboral con la sociedad del comprador, han sido causa esencial de la transmisión que, en otro caso, no hubiera tenido lugar». Se acompaña a tal escrito copia de la escritura de compraventa de tales acciones, así como diligencia de ordenación dictada por el Juzgado de lo Social Número Diez de Valencia de fecha 24 de mayo de 2016, teniendo por ejercitada en tiempo y forma la opción de indemnizar al solicitante de la auditoría en cumplimiento de la sentencia dictada por dicho Juzgado.

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 esta última de prescindir de sus servicios, los comparecientes pactan y se obligan a realizar la 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. ….. 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.

III

El Registrador mercantil de Valencia núm. 5, don José Luis Gómez-Fabra Gómez, dictó Resolución en fecha 14 de febrero de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado, advirtiendo de que contra la misma procedía recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. El día 10 de marzo se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de la misma fecha suscrito por don ….., administrador único de la sociedad por el que interpone recurso de alzada.

IV

En dicho escrito don ….., abogado, en nombre y representación de Viajes Levante Tour S.A. y de su administrador único don ….., interpone recurso contra dicha Resolución de 14 de febrero, en base a los siguientes argumentos: 1.º En primer lugar niega la condición de accionista del solicitante ya que, por aplicación de los pactos anteriormente expuestos de la escritura de compraventa de acciones, procede negar «una pretendida e inexistente condición de accionista que reclama don ….., contraria a lo que él se comprometió y a la obligación que asumió con sus propios actos al firmar la escritura y aceptar el contenido de los citados pactos». 2.º En segundo lugar, expone que el socio minoritario indica en la solicitud que «deseando conocer la situación exacta de la contabilidad de dicha entidad, y no estando la misma obligada por otros supuestos a la verificación contable por parte de un auditor, se solicita el nombramiento de Auditor de Cuentas»; sin indicar causa alguna fundamentada que justifique su petición, debiendo considerarse que incurre en un ejercicio antisocial del derecho sobrepasando las exigencias del principio de buena fe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 en que se fundamenta tiene virtualidad para enervar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

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, 10 de diciembre de 2008 y 2 de marzo de 2009) con las que se pretende defender la inoponibilidad 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 su Resolución 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 cumplido el supuesto de hecho contemplado en los mismos, ya que, pese a acompañar un Diligencia de Ordenación del Juzgado de lo Social Número diez de Valencia por la que se tiene por ejercitada en tiempo y forma la opción de indemnizar al solicitante, no queda acreditada la efectiva transmisión de tales acciones. Por tanto, no puede estimarse la pretensión formulada por el recurrente de entender que, por la simple aplicación de los pactos contenidos en la escritura de compraventa de 30 de octubre de 2013 sea procedente entender privado automáticamente a don ….. de su condición de accionista, sin constar título alguno de transmisión, bien notarial o judicial.

4. En segundo lugar, 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).

5. 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 (buena fe o posible abuso de derecho) 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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la Resolución del Registrador mercantil de Valencia núm. 5, don José Luis Gómez Fabra, de fecha 14 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 5 de abril de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 5 de abril de 2017 (2)

En el expediente 27/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Berceo Ingenieros, S.L. Profesional»

HECHOS

I

Don …..presentó un escrito de fecha 3 de enero de 2017 (posteriormente adicionado por otro subsanatorio de fecha 24 de enero del mismo año), dirigido al Registro Mercantil de La Rioja, en el que tuvo su entrada el día 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 «Berceo Ingenieros, S.L.Profesional», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que con fecha 30 de enero de 2017 el socio instante ha ejercido su derecho de separación de la sociedad por lo que, conforme a la previsión del artículo 13 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, tiene eficacia desde su notificación a la sociedad perdiendo su condición de socio. Se acompaña ejemplar de la notificación realizada a la sociedad de la que resulta el ejercicio del derecho de separación, así como la solicitud de abono de la participación en la sociedad.

III

La Registradora mercantil de La Rioja, doña Celia Meneses Martínez-Bernal dictó Resolución en fecha 15 de febrero de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., actuando en representación de la sociedad, por escrito de fecha 15 de marzo de 2017 (con sello de imposición de Correos de la misma fecha), que tuvo entrada el día 17 de marzo inmediato posterior en el Registro Mercantil de La Rioja, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha Resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la Resolución impugnada se limita a afirmar la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital sin entrar en el fondo de la cuestión que es la pérdida de la condición de socio y, consecuentemente la pérdida de legitimación del instante. 2.º Que en sede de procedimientos judiciales la norma es la denominada «perpetuatio legis» conforme a la que cuando el ejercicio de una acción proviene de una especial relación jurídica y esta se pierde posteriormente desaparece la legitimación con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional 130/1989 y 73/2006. Que de aquí que no se advierte el efecto positivo o negativo que el nombramiento de un auditor pudiera producir en la esfera jurídica del solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 situación de hecho que presenta el expediente es sustancialmente idéntica a la que dio lugar a la Resolución de este Centro Directivo de fecha 25 de junio de 2014, por lo que la doctrina entonces elaborada debe ser objeto de aplicación. De acuerdo a la misma, resultando de forma indubitada del expediente que el solicitante de la auditoría ha ejercido el derecho de separación que como socio profesional le reconoce el artículo 13 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, mediante notificación fehaciente a la sociedad en fecha 30 de enero de 2017, es claro que carece de legitimación para solicitar la verificación de cuentas al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Sin necesidad de entrar en la polémica doctrinal sobre cuál es la naturaleza y alcance de la posición jurídica del socio que ejercita su derecho de separación o de cuál es el momento exacto en que pierde tal condición, lo cierto es que de la regulación contenida en la Ley de Sociedades de Capital resulta con claridad que desde el momento en que ejerce su derecho a separarse de la sociedad la protección de su posición jurídica se agota en la restitución del valor razonable de su participación en la sociedad (*vide* Resolución de 4 de febrero de 2013). Así resulta indubitadamente de la previsión del artículo 348 y 348 bis en relación con el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. El régimen legal establece que a falta de acuerdo sobre el importe del valor razonable este será determinado por un auditor, distinto al de la sociedad, nombrado por el Registrador mercantil cuyos honorarios corren a cuenta de esta.

Así ocurre en supuestos similares como la reducción del capital por restitución de aportaciones en cuyo supuesto el ordenamiento garantiza la posición jurídica del socio tanto por la exigencia de su consentimiento cuando la restitución no afecta por igual a todos los socios (art. 329 de la Ley de Sociedades de Capital), como por la exigencia de que se lleve a cabo la devolución de lo en su día aportado (art. 330 de la Ley en relación al artículo 201.3 del Reglamento del Registro Mercantil). De modo similar la reducción de capital por adquisición de participaciones o acciones agota la protección del socio en la prestación de su consentimiento y en el pago de la cantidad pactada (*vide* art. 338 y siguiente de la Ley de Sociedades de Capital).

3. Y es que como ha reiterado esta Dirección General, el supuesto contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital decae cuando no existe interés protegible bien porque el socio ha dejado de serlo (*vide* Resoluciones de 16 de septiembre de 2009, 30 de abril de 2012 y 24 de septiembre

de 2015), 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 (*vide* art. 363 del Registro Mercantil y Resolución de 4 de febrero de 2013).

4. Tampoco puede recibir este expediente el tratamiento de expediente de solicitud de nombramiento de experto independiente a los efectos del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y 363 del Reglamento del Registro Mercantil. No resulta así ni de la solicitud del socio ni del documento remitido a la sociedad y del que resulta el ejercicio de su derecho de separación (y en el que se limita a solicitar la restitución del valor de sus participaciones).

Como puso de relieve la Resolución de esta Dirección General en materia de auditores de fecha 17 de septiembre de 2014, el derecho a obtener el valor razonable de su participación que al socio se reconoce cuando ejerce su derecho de separación, no puede confundirse con el contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

A diferencia del supuesto del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital el mandato que recibe el experto designado no consiste en la realización de un trabajo de verificación contable entendido como «la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros», y con la finalidad de «de dictaminar 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. Asimismo, comprenderá la verificación del informe de gestión que, en su caso, acompañe a las cuentas anuales, a fin de dictaminar sobre su concordancia con dichas cuentas anuales y si su contenido es conforme con lo establecido en la normativa de aplicación.» (arts. 1.2 y 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de cuentas).

El mandato que recibe el experto designado por el Registrador mercantil en el supuesto de que se solicite de conformidad con la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, es mucho más específico pues consiste en llevar a cabo la valoración razonable de las participaciones del socio que se separa. Precisamente porque el mandato es de valoración y no de informe de verificación contable el designado puede ser o no auditor de cuentas siempre que esté capacitado para la labor encomendada (como recoge el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital tras la reforma que del mismo llevó a cabo la disp. final 4.15 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas).

No existiendo solicitud alguna a este respecto no procede sino la desestimación global de la solicitud del interesado.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la Resolución de la Registradora mercantil de La Rioja, doña Celia Meneses Martínez-Bernal de fecha 15 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 5 de abril de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo. Sra. Registradora de la Rioja.

Resolución de 6 de abril de 2017 (1)

En el expediente 8/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Covertrade, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 5 enero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Vizcaya, 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 «Covertrade, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Primero.–La sociedad «Covertrade, S.L.», se encuentra incursa en una operación de fusión por absorción. La referida operación de fusión por absorción entre las Sociedades «Covertrade, S.L.» (Sociedad Absorbida) y «Sumcab Specialcable Group, S.L.», (Sociedad Absorbente) fue aprobada por la Junta General Extraordinaria de Socios, celebrada el pasado 14 de diciembre de 2016 en la que se extingue, mediante su disolución sin liquidación, transmitiendo en bloque la totalidad de su patrimonio social, a favor de la sociedad absorbente «Sumcab Specialcable Group, S.L.», la

cual lo adquirirá mediante sucesión universal. Segundo.–A los efectos oportunos, la referida sociedad presentó en el Registro el correspondiente Proyecto Común de Fusión por Absorción, en fecha 10 de octubre de 2016, número de entrada 1/2016/13.480, que fue debidamente depositado el día 11 de octubre de 2016. Tercero.–Asimismo, se han realizado las publicaciones pertinentes de conformidad con lo establecido en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Cuarto.– En el referido proyecto de fusión, se hace constar en su punto 8, que la fecha a partir de la cual, las operaciones de la Sociedad que se extingue tendrán que considerarse realizadas, a efectos contables, por cuenta de la Sociedad absorbente, será la de 1 de enero de 2016, todo ello de conformidad con lo dispuesto en Plan General de Contabilidad actualmente en vigor. Por todo ello, los efectos contables de la operación de fusión se retrotraen a 1 de enero de 2016 y en consecuencia, la adquirente recogerá en sus cuentas anuales los ingresos y gastos y los flujos de efectivo correspondientes a la sociedad adquirida desde la fecha de adquisición, 1 de enero de 2016, así como sus activos y pasivos identificables. Por ello de acuerdo con lo señalado anteriormente, y en aras evitar generar una pérdida de tiempo y unos costes innecesarios e inútiles, que no aprovecharán a nadie, solicita que no se proceda a la designación de auditor, para verificar unas cuentas que no generan información alguna al no tener contenido alguno, y que no serán objeto de sometimiento a la aprobación de los socios.

III

El Registrador mercantil de Vizcaya, don Carlos Alonso Larra dictó Resolución en fecha 1 febrero 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 10 febrero de 2017, que tuvo entrada el 14 del mismo en el Registro Mercantil de Vizcaya, 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 24 de junio, 7 y 9 de septiembre, 2, 13 y 14 de octubre, 25 de noviembre de 1992, 19 de enero y 10 de marzo de 1993.

Para la resolución de este recurso debe partirse del principio de legitimación en virtud del cual, los pronunciamientos del Registro se presumen exactos y válidos por lo que constando inscrita la sociedad se presume su existencia y el desarrollo de la actividad prevista en sus estatutos (art. 20 del Código de

Comercio). Si la sociedad se encuentra efectivamente en situación de disolución como consecuencia de una fusión que implica la existencia de una situación de hecho de inactividad es 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). No enerva el derecho del socio el hecho de que la sociedad esté incursa en una fusión no inscrita cuyos efectos contables se retrotraerán al 1 de enero de 2016.

En cuanto a los costes e inutilidad fáctica de la misma, 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 Directivo (Resoluciones 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la Resolución del Registrador mercantil de Vizcaya, don Carlos Alonso Larra, de fecha 1 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 6 de abril de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Vizcaya.

Resolución de 6 de abril de 2017 (2)

En el expediente 17/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Loge S.A.».

HECHOS

I

Don …..presentó escrito de fecha 11 de enero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, en el que tuvo su entrada el día 18 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 «LOGE S.A..», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Que la sociedad, notificada por don Joaquín Torrente García de la Mata, Registrador Mercantil de Guipúzcoa, mediante correo certificado con acuse de recibo el día 30 de enero de 2017, no presentó escrito de oposición dentro del plazo reglamentario.

III

El Registrador mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata, dictó Resolución en fecha 14 de febrero de 2017 por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor, resolviendo en consecuencia proceder a la tramitación del expediente en cuestión.

IV

Don …..interpuso recurso «gubernativo» ante esta Dirección General contra Resolución del Registrador mercantil de 14 de febrero, mediante escrito fechado el día 8 de marzo de 2017 y que tuvo su entrada en el Registro mercantil el día 9 del mismo mes y año, en base al siguiente argumento esencial: la sociedad se encuentra liquidada, por lo que no encuentra encaje legal la solicitud, considerando que no procede nombrar auditor de la mercantil ya que no existen resultados sociales en fase de liquidación y entendiendo además 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 especifica de verificación como es la del interventor judicial.

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.

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 y respecto de la que, además, ya se pronunció para esta misma sociedad respecto del ejercicio pasado en recurso planteado en términos similares. 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 art. 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 *intuitu 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».

2. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (por todas Resolución de la DGRN 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 sólo no ha devenido firme por su aprobación, sino que muy al contrario ha sido impugnado judicialmente, circunstancia ésta que resulta del propio escrito de recurso.

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.

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, de fecha 14 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 6 de abril de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Guipúzcoa.

Resolución de 6 de abril de 2017 (3)

En el expediente 19/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Valeri Asset Management, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. y doña ….. presentaron escrito de fecha 3 de febrero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Vizcaya, en el que tuvo su entrada el día 10 del mismo mes, 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 «Valeri Asset Management, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios por medio de escrito de fecha 17 de febrero de 2017, que tuvo su entrada en el Registro mercantil el mismo día 17, alegando y solicitando, escuetamente, que «no se continúe con el proceso del expediente núm. 18/2017 ya que, de ser así, implicará el cese de la actividad y la disolución de la Sociedad»; por ello, ruega que se cierre el expediente en cuestión. No constando del escrito de oposición ninguna otra alegación.

III

El Registrador mercantil de Vizcaya I, don Juan Alfonso Fernández Núñez, dictó Resolución en fecha 24 de febrero de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 13 de marzo de 2017, que tuvo entrada el día 15 del mismo mes en el Registro Mercantil de Vizcaya, 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, dadas las circunstancias concurrentes, «con la inmediata ejecutividad de la Resolución recurrida se ocasionarán los siguientes daños y perjuicios de imposible o difícil reparación:

a) Cese total de la actividad de la sociedad por estar en la actualidad en pérdidas.
b) El perjuicio de la pérdida de los puestos de trabajo que se desarrollan en la sociedad.
c) Si se destinan los pocos fondos de que dispone la sociedad para abonar los servicios del auditor quedarían sin atender los futuros proyectos de la mercantil que son la única opción viable para que siga su normal funcionamiento».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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.

Corresponde examinar en este expediente una cuestión sobre la que este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. Así, las alegaciones relativas a daños y perjuicios económicos y a los costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no pueden ser estimadas, pues de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resoluciones de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero 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.

Lo anterior, unido al cumplimiento por las solicitantes de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando las socias solicitantes más del cinco por ciento del capital social y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2016.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la Resolución del Registrador mercantil de Vizcaya I, don Juan Alfonso Fernández Núñez, dictada con fecha 24 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 6 de abril de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Vizcaya.

Resolución de 6 de abril de 2017 (4)

En el expediente 24/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Laboratorios Support Pharma S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 24 de enero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 27 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 «Laboratorios Support Pharma S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 7 de febrero de 2017, que tuvo su entrada en el registro mercantil el día 8 del mismo mes y año, alegando que la sociedad «no puede asumir dicho coste al encontrarse sus cuentas en saldo negativo, lo que se acredita con el Documento núm. 1 que se aporta, que son las cuentas del 2015 depositadas, siendo las cuentas provisionales del 2016 con saldo negativo»; por ello, solicita del Registro que se desestime la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio en cuestión «ante la falta de tesorería para poder hacer frente a la auditoría».

III

La Registradora mercantil de Madrid VI, doña M.ª Victoria Arizmendi Gutiérrez, dictó Resolución en fecha 9 de febrero de 2017 por la que acordó estimar la solicitud presentada y proceder al nombramiento del auditor solicitado para el ejercicio 2016.

IV

Don ….., por escrito de fecha 15 de marzo de 2017, que tuvo entrada el mismo día 15 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 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 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.

Corresponde examinar en este expediente una cuestión sobre la que este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. Así, las alegaciones relativas a la situación económica de la sociedad, falta de tesorería para hacer frente a la auditoría y a los costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no pueden ser estimadas, pues de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resoluciones de 27 de febrero de 2013, 31 de enero de 2014, 16 de marzo de 2016, 8 y 12 de julio de 2016, entre otras, y como 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.

Lo anterior, unido al cumplimiento por el solicitante de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando el socio solicitante más del cinco por ciento del capital social y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2016.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la Resolución de la Registradora mercantil de Madrid VI, doña M.ª Victoria Arizmendi Gutiérrez, de fecha 9 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 6 de abril de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Madrid.

Resolución de 6 de abril de 2017 (5)

En el expediente 25/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Horneo Elaboración, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentaron sendos escritos de fecha 7 de febrero de 2017, dirigidos al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvieron su entrada el mismo día 7, en los 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 de ser titulares de más del 5% del capital social de «Horneo Elaboración, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Que la sociedad, notificada en la forma legalmente prevista por don Francisco J. Salvador Campdera, Registrador Mercantil de Alicante III, no se opuso a la solicitud.

III

El Registrador mercantil de Alicante III, don Francisco J. Salvador Campdera, dictó Resolución en fecha 27 de febrero de 2017 por la que resolvió proceder al nombramiento de auditor solicitado.

IV

Don ….., en representación de la mercantil «Horneo Elaboración, S.L.» interpuso recurso contra Resolución del Registrador mercantil de 27 de febrero, mediante escrito fechado el día 22 de marzo de 2017 y que tuvo su entrada en el Registro mercantil el mismo día 22, en base al argumento esencial de abuso de derecho por parte de los solicitantes y la existencia de un enfrentamiento entre los dos socios solicitantes con la sociedad derivada de la conducta previa de éstos en su condición de anteriores administradores de la misma que ha derivado en la formulación de querella de la sociedad contra los solicitantes.

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.

1. En primer lugar, 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, 11 de marzo de 2014, 16 de junio y 5 de julio de 2016, 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).

2. En segundo lugar, la representación social alega haber interpuesto querella contra los solicitantes del presente expediente como consecuencia de la conducta previa de éstos en su condición de anteriores administradores de la sociedad. Cabe señalar que dicha manifestación no constituye causa de oposición por tratarse de una cuestión que no tiene por objeto resolver sobre la titularidad de las participaciones que han servido para fundar la legitimación de los socios, no quedando, en consecuencia desvirtuado su derecho al nombramiento Registral de auditor puesto que la litispendencia sólo tiene eficacia suspensiva cuando afecta a la propia legitimación del solicitante (en este sentido se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de fechas 11 de mayo de 2006, 9 de julio de 2008 y 27 de febrero de 2009, entre otras).

3. Lo anterior, unido al cumplimiento por los solicitantes de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando

los socios solicitantes más del cinco por ciento del capital social y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2016.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la Resolución del Registrador mercantil de Alicante III don Francisco J. Salvador Campdera de fecha 27 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 6 de abril de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 11 de abril de 2017

En el expediente 18/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cebaderos del Sur, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 8 de febrero de 2017, 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 «Cebaderos del Sur S.L.» (titular del 17,50 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por Resolución de 13 de febrero en el domicilio social siendo recibido el día siguiente, formulando oposición en el plazo legalmente

previsto mediante escrito de 20 de febrero, presentado el mismo día alegando la «vulneración del solicitante, D…… del principio de buena fe y existencia de abuso de derecho en su solicitud». Indica que el socio solicitante «ha sido administrador de la sociedad «Cebaderos del Sur, S.L.» de manera ininterrumpida desde el 18 de diciembre de 2012 hasta el 30 de junio de 2016, fecha en que voluntariamente cesó de su cargo; durante el periodo antes señalado dicho socio y administrador ha sido quien de modo directo y personal ha asumido de manera efectiva la dirección y gestión de la empresa, de tal modo que él mejor que ningún otro socio conoce la situación y los estados contables de la sociedad.» Por tanto, concluye que tal solicitud «sólo reviste el aparente uso de buen derecho cuando en realidad lo que persigue el solicitante no es más que generar gastos a la sociedad y forzar la adopción de acuerdos antisociales y contrarios al interés del resto de socios y de la propia sociedad».

III

El Registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín, dictó Resolución en fecha 22 de febrero de 2017 por la que desestimó la oposición formulada por la sociedad, dando traslado de tal resolución por 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 15 de marzo se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de la misma fecha suscrito por doña ….., administradora solidaria de la sociedad.

IV

En dicho escrito doña ….., administradora solidaria, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha Resolución de 15 de marzo, en base a los siguientes argumentos: 1.º en primer lugar reitera la «vulneración del solicitante, don …..del principio de buena fe y la existencia de abuso de derecho en su solicitud» en base a lo dispuesto en el artículo 7.2 del Código Civil, al haber ostentado el cargo de administrador y por tanto conocer el estado contable de la mercantil. 2.º En segundo lugar, indica que «el solicitante no ha presentado prueba alguna o causa suficientemente fundamentada que justifique su petición». 3.º Y por último entiende que al revestir el carácter de administrador solidario hasta el 30 de junio de 2016 podría haberlo encargado por sí mismo, estando además plenamente informado de las cuentas de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 en que se fundamenta tiene virtualidad para enervar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En primer lugar, 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).

2. 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 (buena fe o posible abuso de derecho) 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. Tampoco puede enervar el derecho individual la conclusión que se sigue por la sociedad de la circunstancia anterior de que, como administrador

hasta la mitad del ejercicio, el socio podía haber designado auditor y conocía el contenido de la contabilidad social.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado 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, 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras).

Como resulta de los escritos de oposición y de recurso en el supuesto de hecho que da lugar a la presente, el socio solicitante ha sido efectivamente administrador de la sociedad durante el ejercicio cuya contabilidad solicitar auditar. Ahora bien, de los mismos escritos resulta que cesó en su cargo con antelación al cierre del ejercicio con lo que, en aquel momento, cesó a su vez la posibilidad de contratar auditoría en nombre de la sociedad. En tal supuesto, es doctrina de esta Dirección General que el socio no pierde el derecho a solicitar la auditoría en los términos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital si a pesar de haber ostentado facultades de gestión social durante el ejercicio, carece de ellas a su término prevaleciendo su derecho individual (*vide* Resolución de 25 de julio de 2014, entre otras).

4. En la misma línea, no es admisible la pretensión de la sociedad basada en que el socio que ha sido administrador durante parte del ejercicio tiene conocimiento de la contabilidad social por lo que debe rechazarse su solicitud. No es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales (*vide* 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 relaciona-

dos 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. 4.1 de Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de cuentas).

5. Por último, indica la sociedad que tal nombramiento no tiene otra finalidad que «generar gastos a la sociedad y forzar la adopción de acuerdos antisociales y contrarios al interés de los socios y de la propia sociedad», entendiendo que se produce una «vulneración del solicitante del principio de buena fe y existencia de abuso de derecho en su solicitud». 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la Resolución del Registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín, de fecha 22 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 11 de abril de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Badajoz.

Resolución de 20 de abril de 2017

En el expediente 32/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Daesbo, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., en su condición de administrador y socio de la mercantil «Covas Arnau, S.L.», a su vez socia de «Daesbo, S.L.», presentó escrito de fecha 8 –sic.– de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Tarragona, en el que tuvo su entrada el día 7 del mismo mes, y 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 «Daesbo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Que la sociedad, notificada en la forma legalmente prevista por don Juan Enrique Ballester Colomer, Registrador Mercantil de Tarragona, no se opuso a la solicitud.

III

El Registrador mercantil de Tarragona, don Juan Enrique Ballester Colomer, dictó Resolución en fecha 20 de marzo de 2017 por la que resolvió proceder al nombramiento de auditor solicitado.

IV

Don ….. y doña……, como Consejeros Mancomunados de la mercantil «Daesbo, S.L.» interpusieron recurso contra Resolución del Registrador mercantil de Tarragona de 20 de marzo de 2017, mediante escrito fechado el día 4 de abril de 2017 y que tuvo su entrada en el Registro mercantil el día 6 del mismo mes, en base a los argumentos esenciales de abuso de derecho por parte del solicitante y el enorme coste económico que la petición comporta 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, 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. En primer lugar, no puede estimarse el recurso interpuesto por cuanto el motivo alegado por la sociedad de la situación de abuso de derecho y ejercicio antisocial que provoca la actuación del socio instante y las posibles consecuencias de contenido negativo para la sociedad no puede imponerse al derecho individual del socio 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).

2. En cuanto al segundo motivo de alegación, basado en el enorme coste económico que la petición comporta para la sociedad, es cuestión sobre la que este Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. Así, alegaciones como las relativas a la situación económica de la sociedad, falta de tesorería para hacer frente a la auditoría, costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales o, como es el presente caso, la expresa alegación del enorme coste económico que la petición comporta para la sociedad (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no puede ser estimada, pues de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal, dichos costes corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resoluciones de 27 de febrero de 2013, 31 de enero de 2014, 16 de marzo de 2016, 8 y 12 de julio de 2016, entre otras, y como 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. Lo anterior, unido al cumplimiento por el solicitante de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando el socio solicitante más del cinco por ciento del capital social y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2016.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la Resolución del Registrador mercantil de Tarragona don Juan Enrique Ballester Colomer, dictada con fecha 20 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 20 de abril de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Tarragona.

Resolución de 4 de mayo de 2017 (1)

En el expediente 37/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pronorte Uno S.A. en Liquidación».

HECHOS

I

Don …..presentó un escrito de fecha 6 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 8 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 «Pronorte Uno S.A.

en Liquidación (titular del 33,21 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por Resolución de 9 de marzo en el domicilio social siendo recibido el día 19, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito presentado el día 24 de marzo alegando que «la sociedad se encuentra en situación de liquidación, careciendo de recursos suficientes para hacer frente al pago de los correspondientes honorarios de auditor».

III

El Registrador mercantil de Madrid número XV, don Francisco Javier Saenz Villas, dictó Resolución en fecha 27 de marzo de 2017 por la que desestimó la oposición formulada por la sociedad, dando traslado de tal resolución por 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 abril se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de la misma fecha suscrito por don ….., liquidador de la sociedad.

IV

En dicho escrito don …., liquidador de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha Resolución de 27 de marzo, en base a los siguientes argumentos: en primer lugar reitera que la «la situación de Liquidación en que está inmersa la sociedad y que hace imposible el pago de los honorarios al auditor para que le sea trasladado a quien sea designado por el Registro Mercantil a efectos de que quede constancia de la misma», añadiendo que el solicitante «ha sido presidente de la sociedad durante mucho tiempo, conoce sobradamente la situación económico–financiera de la sociedad, y en ningún momento, en el ejercicio de sus funciones, ha solicitado la verificación de las cuentas anuales por un auditor».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. La norma no establece ningún límite máximo de titularidad de participaciones sociales, ausencia que conlleva que no pueda considerarse relevante, a efectos de determinar su legitimación, que el solicitante sea titular de un 33,21% de las participaciones de la sociedad, porcentaje muy superior del mínimo exigido.

Por tanto, debe considerarse debidamente acreditado el cumplimiento de los dos presupuestos legales requeridos para iniciar el expediente de nombramiento de auditor a instancia del socio minorista.

2. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad plantea el estado de liquidación en que se encuentra la misma. Respecto de tal extremo debe manifestarse este Centro Directivo en relación a la procedencia de auditar las cuentas de la sociedad en el supuesto que se encuentre en fase de liquidación. Como es doctrina reiterada de esta Dirección, 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 al 386), a convocar junta para su aprobación (art. 164 en relación al 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 sus Resoluciones de 8 de noviembre de 2000, 8 de julio de 2005, 3 de mayo de 2006 y en la más reciente de 18 de noviembre de 2013. Por tanto, tal pretensión no puede ser estimada.

3. Tampoco puede enervar el derecho individual la conclusión que se sigue por la sociedad de la circunstancia de que como presidente «durante mucho tiempo», el socio solicitante conocía el contenido de la contabilidad social. Este

Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del art. 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. De aquí se sigue que no puede confundirse la obligación del órgano de administración de formular las cuentas anuales y de sus miembros individuales de firmarlas (art. 253 de la Ley de Sociedades de Capital), con el derecho individual de los socios a obtener una opinión objetiva e independiente sobre si dichas cuentas reflejan adecuadamente el estado patrimonial de la sociedad (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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la Resolución del Registrador mercantil de Madrid XV, don Francisco Javier Saenz Villar, de fecha 27 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 4 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 4 de mayo de 2017 (2)

En el expediente 38/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tal Actuación A70, S.L. en Liquidación».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 6 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 8 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 «Tal Actuación A–70 S.L. en Liquidación (titular del 33,33 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por Resolución de 9 de marzo en el domicilio social siendo recibido el día 16, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito presentado el día 24 de marzo alegando que «la sociedad se encuentra en situación de liquidación, careciendo de recursos suficientes para hacer frente al pago de los correspondientes honorarios de auditor».

III

El Registrador mercantil de Madrid número I, doña Isabel Adoración Antoniano González, dictó Resolución en fecha 27 de marzo de 2017 por la que desestimó la oposición formulada por la sociedad, dando traslado de tal resolución por 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 abril se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de la misma fecha suscrito por don ….., liquidador de la sociedad.

IV

En dicho escrito don ….., liquidador de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha Resolución de 27 de marzo, en base a los siguientes argumentos: en primer lugar reitera que la «la situación de liquidación en que está inmersa la sociedad y que hace imposible el pago de los honorarios al auditor para que le sea trasladado a quien sea designado por el Registro Mercantil a efectos de que quede constancia de la misma», añadiendo que el solicitante «ha sido presidente de la sociedad durante mucho tiempo, conoce sobradamente la situación económico–financiera de la sociedad, y en ningún momento, en el ejercicio de sus funciones, ha solicitado la verificación de las cuentas anuales por un auditor».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 art. 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 considerarse relevante, a efectos de determinar su legitimación, que el solicitante sea titular de un 33,21% de las participaciones de la sociedad, porcentaje muy superior del mínimo exigido.

Por tanto, debe considerarse debidamente acreditado el cumplimiento de los dos presupuestos legales requeridos para iniciar el expediente de nombramiento de auditor a instancia del socio minorista.

2. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad plantea el estado de liquidación en que se encuentra la misma. Respecto de tal extremo debe manifestarse este Centro Directivo en relación a la procedencia de auditar las cuentas de la sociedad en el supuesto que se encuentre en fase de liquidación. Como es doctrina reiterada de esta Dirección, 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 al 386), a convocar junta para su aprobación (art. 164 en relación al 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 sus Resoluciones de 8 de noviembre de 2000, 8 de

julio de 2005, 3 de mayo de 2006 y en la más reciente de 18 de noviembre de 2013. Por tanto, tal pretensión no puede ser estimada.

3. Tampoco puede enervar el derecho individual la conclusión que se sigue por la sociedad de la circunstancia de que como presidente «durante mucho tiempo», el socio solicitante conocía el contenido de la contabilidad social. Este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del art. 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. De aquí se sigue que no puede confundirse la obligación del órgano de administración de formular las cuentas anuales y de sus miembros individuales de firmarlas (art. 253 de la Ley de Sociedades de Capital), con el derecho individual de los socios a obtener una opinión objetiva e independiente sobre si dichas cuentas reflejan adecuadamente el estado patrimonial de la sociedad (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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la Resolución del Registrador mercantil de Madrid I, doña Isabel Adoración Antoniano González, de fecha 27 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 4 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 5 de mayo de 2017

En el expediente 29/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Caosda 1962, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., interviniendo en nombre y representación de don ….. y doña ….. en virtud de copia compulsada de poder que se acompaña, presentó un escrito de fecha 13 de febrero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, en el que tuvo su entrada el día 15 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 titulares de más del 5% del capital social de «Caosda 1962 S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por Resolución de 21 de febrero en el domicilio social siendo recibido el día 27 del mismo mes, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 1 de marzo, presentado el día 3, alegando que «tal y como se acredita con el acta notarial de protocolización que se acompaña, otorgada con fecha 29 de diciembre de 2016, ante el Notario de Zaragoza D. Francisco de Asís Sánchez–Ventura Ferrer, Protocolo 4149, con fecha 28 de diciembre de 2016 la sociedad suscribió Contrato de Auditoría de Cuentas Anuales correspondientes a los ejercicios terminados a 31 de diciembre de 2016, 2017 y 2018 con la sociedad Auren Auditores SP S.L.P»

III

El Registrador mercantil de Zaragoza, don Joaquín Rodríguez Hernández, dictó Resolución en fecha 8 de marzo de 2017 por la que desestimó la oposición formulada por la sociedad, dando traslado de tal resolución por 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 3 de abril se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de la misma fecha suscrito por don ….., administrador único de la sociedad.

IV

En dicho escrito don ….., administrador único, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 8 de marzo, en base a los siguientes argumentos: Se reitera en el nombramiento del auditor a instancia de la mercantil, indicando que «con fecha 27 de marzo de 2017 se han emitido los informes de auditoría. Entregados los informes y de inmediato por el administrador de la sociedad se han remitido, con fecha 30 de marzo de 2017, y puesto a disposición a los socios de los mismos». Se adjuntan nota informe de Auren Auditores SP S.L.P., cuentas anuales formuladas por la Administración de Caosda 1962 S.L., informe de auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, para su incorporación al expediente, Burofax de remisión a los socios de las cuentas anuales con puesta a disposición del informe de auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 art. 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 *intuitu 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 audito-

ría 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 acredita debidamente el nombramiento del auditor mediante la inclusión de la anteriormente mencionada acta notarial, sin resultar probado en el momento de formular oposición el cumplimiento del requisito relativo al aseguramiento del interés protegible. Por tanto, en el supuesto de este expediente aun admitiendo que la sociedad justificó debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud del socio, no acreditó en modo alguno la adopción de acciones que permitan reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado.

Sin embargo, ya en vía de recurso, dicho extremo queda suficiente acreditado al incorporar tanto el informe de auditoría relativo al ejercicio 2016 como la puesta a disposición de los socios del mismo. Por tanto, debe entenderse debidamente cumplidos los trámites oportunos por parte de la mercantil para enervar el derecho del socio minorista.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador mercantil de Zaragoza, don Joaquín Rodríguez Hernández, de fecha 8 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 5 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Zaragoza.

Resolución de 8 de mayo de 2017 (1)

En el expediente 12/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Asociados Parcela 24.000, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 20 de enero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Melilla, 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 «Asociados Parcela 24.000, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante tiene conocimiento de que la sociedad ya tiene encargada auditoría de cuentas para el ejercicio como se justifica mediante aportación de presupuesto, factura de pago parcial y recibo bancario. Que el solicitante no puede alegar falta de conocimiento pues en la junta general de 15 de noviembre se discutió y aprobó la cuestión. Que la auditoría es absolutamente innecesaria al limitarse a las cuentas de 2016 y al estado de inactividad social derivado de la paralización del Plan General de Ordenación Urbanística. 2.º Que la solicitud no expresa la causa, que no se justifica la legitimación del solicitante y que la notificación llevada a cabo por el Registro Mercantil se ha excedido del plazo fijado en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

El registrador mercantil de Melilla, don Juan Pablo García Yusto dictó resolución en fecha 9 de febrero de 2017, 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 28 de febrero de 2017, que tuvo entrada el día 1 de marzo inmediato posterior en el Registro Mercantil de Melilla, 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 los siguientes: 1.º Que la sociedad no está obligada a realizar auditoría lo que le imposibilita a acordar un nombramiento permanente y soportar dicho gasto. 2.º Que la auditoría que se está llevando a cabo fue solicitada por el propio socio ahora instante. 3.º Que la solicitud fue presentada el día 20 de enero y si bien amparada legalmente debería haber esperado a la ejecu-

ción del acuerdo de la junta. 4.º Que la entrega del informe de verificación está prevista se finalice antes del fin del mes de marzo comprometiéndose a presentarlo. Que se solicita la paralización del procedimiento hasta el día 20 de marzo para la presentación del informe de auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. 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 art. 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 determi-

nado 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 sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 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.»

A falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil.

2. En el expediente que provoca la presente, la sociedad ha presentado principio de prueba de designación 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. Iniciado el procedimiento a que se refiere el artículo 265. 2 de la Ley de Sociedades de Capital el interés protegible consistente en la pretensión de que las cuentas de la socie-

dad 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), debe ser garantizado bien porque el registrador mercantil designe auditor sin cuyo informe se impida el depósito de las cuentas anuales bien porque el auditor voluntario previamente designado conlleve el mismo efecto jurídico. De otro modo la finalidad del nombramiento de auditor y la satisfacción del interés protegible quedaría burlada.

Del propio escrito de recurso resulta que la sociedad ha incumplido flagrantemente su compromiso de aportar el informe de verificación, transcurrido ya, en exceso, el propio plazo que la misma se había impuesto.

3. Tampoco el resto de alegaciones que lleva a cabo el escrito de recurso pueden enervar la conclusión de que es procedente la designación de auditor por parte del registrador mercantil.

En primer lugar y respecto a la alegación de mala fe del solicitante, 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 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Tampoco son atendibles los motivos basados en defectos meramente formales. En primer lugar, porque 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 típica-

mente 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, y como más recientes las de 12 de mayo, 4 de julio, 23 de septiembre y 23 de noviembre de 2016).

Tampoco es admisible la alegación de que el socio no ha justificado su condición de socio. En lo referente a la negación de la legitimación del solicitante, se ha reiterado por esta Dirección General que es necesario que la sociedad aporte, cuando niegue legitimación, 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 (resoluciones de 17 de abril, 7 de mayo, 8 de septiembre y 28 de octubre de 2015, 16 de junio de 2016 y 2 de febrero de 2017).

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 niega dicha circunstancia pues se limita a afirmar que el socio no ha aportado principio de prueba junto con su instancia, pero, en su escrito de recurso, y antes en el de oposición, reconoce expresamente su condición de socio. 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.

Finalmente, y respecto al eventual retraso en la comunicación de la presentación de solicitud, bajo ningún concepto puede aceptarse la pretensión de la sociedad recurrente. Como ha recordado esta Dirección General (resoluciones de 10 de octubre de 2010, 3 de junio de 2014 y de 27 de abril de 2015, entre otras), 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 de los artículos 47 y 48 de la

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (y sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de su dilación injustificada).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador mercantil de Melilla, don Juan Pablo García Yusto de fecha 9 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 8 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Melilla.

Resolución de 8 de mayo de 2017 (2)

En el expediente 26/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Lucena Solar S.L.»

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 7 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 10 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 «Lucena Solar S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015.

II

El Registrador Mercantil de Sevilla, por medio de escrito de fecha 17 de marzo de 2016 deniega la apertura del expediente de nombramiento de auditor a instancia de socio mino-

rista al considerarlo fuera de plazo, ya que según el artículo 26 de los estatutos sociales inscritos el ejercicio social finalizaba el 30 de noviembre de cada año, estando presentada la solicitud fuera del plazo legal de tres meses previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Con fecha 7 de julio de 2016 se presenta nuevo escrito por doña ….. suscrito el 6 de junio de 2016 en el que indica que el plazo del ejercicio social fue modificado por escritura de 1 de julio de 2013 ante el Notario de Sevilla don Javier López Cano de elevación a público de acuerdos sociales en el que se modifica el propio artículo 26 de los estatutos sociales estableciendo que «el ejercicio económico comenzará el día primero de enero de cada año y terminará el 31 de diciembre siguiente.» Dicha escritura fue inscrita en la hoja social de la mercantil el 8 de agosto de 2016.

El Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso dicta resolución en fecha 17 de agosto de 2016 estimando las alegaciones de la solicitante, procediendo a la apertura del expediente y dando traslado a la sociedad para que formule alegaciones si lo estima conveniente.

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 30 de septiembre de 2016, presentado el mismo día, alegando que la solicitud «presentada el día 10 de marzo de 2016, asiento 49 del diario 15 del Libro de Auditores y Expertos» no cumple el requisito fundamental del plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio social teniendo en consideración «los estatutos inscritos a ese día 10 de marzo de 2016», pretendiendo que el Registrador en su calificación sólo tenga en consideración los datos obrantes en el historial registral de la mercantil. Además, cuestiona la legitimación de la señora Ventura Osuna «ya que aduce la titulación de participaciones sociales en base a unas ampliaciones de capital que tampoco constan inscritas».

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictó resolución en fecha 27 de febrero de 2017 por la que desestimó 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 21 de marzo se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de la misma fecha suscrito por don ….. , administrador único de la sociedad.

IV

En dicho escrito Francisco Ronda Hernández, administrador único de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 27 de febrero, en base al segundo de los argumentos anteriormente expuestos. Así considera que la solicitante carece de legitimidad ya que «la titulación de participaciones que dice ostentar la Sra. ….. lo sería en base a unas ampliaciones de capital que no constan inscritas en el Registro. En realidad, no es desvirtuada ni puede ser negada ni lo ha sido por el Sr. Registrador Mercantil de la Ciudad de Sevilla. Ante ello, el Sr. Registrador ha optado por estimar la concurrencia de los que determina un principio de prueba por escrito y que ello le permite superando la información inscrita, acceder a esa solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 ya se ha pronunciado anteriormente 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.

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. Esta regulación se adecúa a las reglas generales de eficacia del Registro Mercantil pues para que un hecho inscribible surta efectos frente a terceros, es preciso elevarlo a escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil (art. 21 del Código de Comercio). Sólo 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).

2. 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 pro-

ducen respecto de terceros extraños y ajenos a la sociedad misma quienes no pueden verse perjudicados por aquellos 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 sólo los meramente internos (*vid.* artículo 19 del Código de Comercio en relación a los artículos 81.2, 83 y 94.1.2.ª del Reglamento del Registro Mercantil).

3. En el presente caso resulta del expediente y de la documentación aportada, que las escrituras de aumento de capital justificarían la legitimación del socio requirente causando efectos desde la válida adopción de los acuerdos sociales. Por tanto, en ningún caso, podría ser alegada tal falta de inscripción por la propia sociedad obligada como motivo de denegación de la solicitud del socio minorista.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, de fecha 27 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 8 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 9 de mayo de 2017 (1)

En el expediente 30/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Clínica Veterinaria Alacant, S.L.»

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 8 de febrero de 2017 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 «Clínica Veterinaria Alacant, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º La solicitante había sido hasta el 2 de mayo de 2016 administradora de la sociedad pudiendo intervenir de manera directa y decisiva en las actuaciones llevadas a cabo en dicho ejercicio. 2.º Que la sociedad cumple los requisitos legales exigidos para no auditar las cuentas.

III

El registrador mercantil de Alicante, don Francisco Salvador Campderá, dictó resolución de fecha 24 de febrero 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….. , por escrito de fecha 29 de marzo de 2017, que tuvo entrada el 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 cuanto a la primera de las alegaciones relativa a que la solicitante era administradora durante el ejercicio 2016 y hasta la fecha de 2 de mayo 2016, 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).

Si el socio administrador con facultad para nombrar auditor ha cesado antes de finalizar el ejercicio a auditar no por ello se le puede privar de su derecho pues como ha reiterado esta Dirección, prevalece su derecho como socio sin que la circunstancia de que la auditoría se refiera en parte a un ejercicio en el que haya tenido responsabilidades sobre las cuentas pueda privarle de aquél. Por lo expuesto, en este punto el recurso no puede prosperar, como este Centro ha afirmado (resoluciones 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 contiene una fuerte medida protectora de los socios minoritarios por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad, el perjuicio económico que se produzca o las consecuencias que se deriven incluso para el propio solicitante, 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.

2. En cuanto a la inexistencia de la obligación legal de auditar, la verificación contable no tiene trascendencia para cercenar el derecho del socio a la auditoría. Si bien es cierto que el artículo 263.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital exceptúa de la obligación legal de verificar las cuentas a las sociedades que reúnan los requisitos que en el mismo se enumeran, no lo es menos que el artículo 265.2 del mismo Texto Refundido concede a los socios de las mercantiles no obligadas a someter sus cuentas anuales a la verificación por un auditor el derecho a solicitar al 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, siempre que concurran las circunstancias que en el mismo se expresan, y en el presente caso se dan.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Alicante, don Francisco Salvador Campderá en fecha 24 de febrero 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 9 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 9 de mayo de 2017 (2)

En el expediente 33/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Montoyos Terciario, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 7 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 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 «Montoyos Terciario, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

Acompaña a su solicitud copia del acta de identificación de titular real autorizada por el notario de Benidorm don José Ramón Rius Mestre el día 31 de mayo de 2012. En dicho documento comparece don ….. en su condición de administrador único de la sociedad Montoyos Terciario S.L., manifestando que don ….. es titular de manera indirecta de más del 25% del capital social.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad no está obligada a auditar sus cuentas. 2.º Que carece de medios económicos, materiales y humanos para llevar a cabo auditoría alguna. 3.º Que tales circunstancias son conocidas del solicitante quien debe correr con los gastos correspondientes.

III

El registrador mercantil de Alicante núm. 3, don Francisco José Salvador Campderá dictó resolución en fecha 17 de marzo de 2017 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 10 de abril de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que el solicitante alega su condición de socio que pretende justificar mediante un documento de titularidad real emitido en 2012 pero que realmente no certifica la titularidad de las participaciones sociales. 2.º Que del Registro Mercantil resulta la situación de unipersonalidad de la sociedad siendo el socio único la mercantil Mayve Inmobiliaria S.L. lo que debería haberse comprobado de oficio por la autoridad actuante, acreditándose mediante la nota informativa del Registro Mercantil de Alicante. Que, en base a lo anterior, al principio de igualdad ante la Ley y al principio de que la Administración debe poner a disposición del administrado la información de que dispone, solicita la desestimación de la solicitud efectuada por carecer el solicitante, a título personal, de la condición de partícipe del 25% del capital social.

Acompaña a su escrito nota del Registro Mercantil de Alicante expedida el día 29 de marzo de 2017 de la que resulta que consta inscrito como socio único la sociedad Mayve Inmobiliaria S.L. en virtud de escritura autorizada por el notario de Benidorm don José Ramón Rius Mestre el día 21 de noviembre de 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 único motivo de recurso se fundamenta en la falta de legitimación del solicitante al carecer de la condición personal de socio y, como contrapartida, la de la enervación, en su caso, por parte de la sociedad. Este Centro Directivo 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 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 (*vide* resoluciones de 11 de marzo, 30 de julio, 12 de septiembre de 2014 y 11 de marzo de 2015 entre otras muchas).

2. En el caso que nos ocupa, la sociedad ha acreditado debidamente la falta de legitimación del solicitante en los términos previstos en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil y en la doctrina de este Centro Directivo. De la documentación aportada resulta con claridad que el solicitante no ostenta la condición de socio de forma directa por lo que no se puede reconocer en su persona el ejercicio de un derecho que no le corresponde.

El solicitante acompaña a su solicitud acta de identificación de titularidad real de la que resulta que el mismo resulta ser, de manera indirecta, titular de más del 25% del capital social.

La sociedad por su parte acompaña, en vía de recurso, copia de información registral suministrada por el Registro Mercantil de Alicante de la que resulta que la sociedad tiene el carácter de unipersonal siendo su socio único la mercantil Mayve Inmobiliaria S.L.

No resultando del expediente que el solicitante actúe en representación del socio único (art. 233 de la Ley de Sociedades de Capital), sino en nombre propio, es evidente que el mismo carece de la legitimación prevista en el artículo 265.2 para solicitar del registrador mercantil la designación de un auditor de cuentas en los términos previstos en el citado precepto. De dicho artículo resulta con absoluta claridad que la legitimación recae exclusivamente en quien ostente la condición de socio por lo que la titularidad indirecta, por medio de otra u otras sociedades o de otras personas físicas o jurídicas, no permite el ejercicio del derecho.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Alicante núm. 3, don Francisco José Salvador Campderá de fecha 17 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 9 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 9 de mayo de 2017 (3)

En el expediente 34/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Grupo Mayve Inversiones Inmobiliarias, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 7 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 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 «Grupo Mayve Inversiones Inmobiliarias, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

Acompaña a su solicitud copia del acta de identificación de titular real autorizada por el notario de Benidorm don José Ramón Rius Mestre el día 25 de noviembre de 2010. En dicho documento comparece don ….. en su condición de administrador único de la sociedad «Grupo Mayve Inversiones Inmobiliarias S.L.», manifestando que don ….. es titular de más del 25% del capital social.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad no está obligada a auditar sus cuentas. 2.º Que carece de medios económicos, materiales y humanos para llevar a cabo auditoría alguna. 3.º Que tales circunstancias son conocidas del solicitante quien debe correr con los gastos correspondientes.

III

El registrador mercantil de Alicante núm. 3, don Francisco José Salvador Campderá dictó resolución en fecha 17 de marzo de 2017 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 10 de abril de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que el solicitante alega su condición de socio que pretende justificar mediante un documento de titularidad real emitido en 2012 (sic), eficaz en materia de control de blanqueo pero que realmente no certifica la titularidad de las participaciones sociales. 2.º Que la composición del capital social es el que resulta del Libro de socios copia del cual se acompaña y en el que no aparece el señor….., como no aparece en las cuentas depositadas del ejercicio 2015. Que, en base a lo anterior, al principio de igualdad

ante la Ley y al principio de que la Administración debe poner a disposición del administrado la información de que dispone, solicita la desestimación de la solicitud efectuada por carecer el solicitante, a título personal, de la condición de partícipe del 25% del capital social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 único motivo de recurso consiste en la denegación de legitimación del solicitante para el ejercicio del derecho contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. El recurso no puede prosperar porque la sociedad no ha desvirtuado en absoluto la legitimación activa del solicitante. Dicha 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 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 (*vide* resoluciones de 11 de marzo, 30 de julio, 12 de septiembre de 2014 y 11 de marzo de 2015 entre otras muchas).

2. En el supuesto que da lugar a la presente, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: el acta de identificación de titular real autorizada el día 25 de noviembre de 2010 en la que el administrador y hoy recurrente afirma que la persona del solicitante es socio y titular de más del 25% del capital social, documento del que resulta inequívocamente la legitimación exigida por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

La sociedad, por su parte no ha aportado prueba demostrativa de que hubiera perdido su condición de socio o de que el porcentaje de capital ostentado sea inferior al mínimo legal. Las alegaciones de la recurrente intentan trasladar al peticionario de la auditoría la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni reglamentariamente, olvidando que éste ya ha demostrado, al menos, que fue socio y, bajo su responsabilidad, que sigue siéndolo en la

actualidad. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar –y no lo ha hecho– que el socio ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que está legitimado para solicitar la auditoría.

No puede acogerse la oposición de la sociedad basada en el contenido del libro registro de socios pues como ha reiterado esta Dirección tal circunstancia por si sola no puede enervar el derecho del socio minoritario 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 sólo 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Alicante núm. 3, don Francisco José Salvador Campderá de fecha 17 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 9 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 9 de mayo de 2017 (4)

En el expediente 35/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Montoyos Desarrollos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 7 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 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 «Montoyos Desarrollos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

Acompaña a su solicitud copia del acta de identificación de titular real autorizada por el notario de Benidorm don José Ramón Rius Mestre el día 10 de junio de 2011. En dicho documento comparece don ….. en su condición de administrador único de la sociedad Montoyos Desarrollos S.L. unipersonal, manifestando que don ….. es titular de manera indirecta de más del 25% del capital social.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad no está obligada a auditar sus cuentas. 2.º Que carece de medios económicos, materiales y humanos para llevar a cabo auditoría alguna. 3.º Que tales circunstancias son conocidas del solicitante quien debe correr con los gastos correspondientes.

III

El registrador mercantil de Alicante núm. 3, don Francisco José Salvador Campderá dictó resolución en fecha 17 de marzo de 2017 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 10 de abril de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que el solicitante alega su condición de socio que pretende justificar mediante un documento de titularidad real emitido en 2012 (*sic*), pero que realmente no certifica la titularidad de las participaciones sociales. 2.º Que del Registro Mercantil resulta la situación de unipersonalidad de la sociedad siendo el socio único la mercantil Mayve Inmobiliaria S.L. lo que debería haberse comprobado de oficio por la autoridad actuante, acreditándose mediante la nota informativa del Registro Mercantil de Alicante. Que, en base a lo anterior, al principio de igualdad ante la Ley y al principio de que la Administración debe poner a disposición del administrado la información de que dispone, solicita la desestimación de la solicitud efectuada por carecer el solicitante, a título personal, de la condición de partícipe del 25% del capital social.

Acompaña a su escrito nota del Registro Mercantil de Alicante de fecha 29 de marzo de 2017 de la que resulta que consta inscrito como socio único la sociedad Mayve Inmobiliaria S.L. en virtud de escritura autorizada por el notario de Benidorm don José Ramón Rius Mestre el día 21 de noviembre de 2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 único motivo de recurso se fundamenta en la falta de legitimación del solicitante al carecer de la condición personal de socio y, como contrapartida, la de la enervación, en su caso, por parte de la sociedad. Este Centro Directivo 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 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 (*vide* resoluciones de 11 de marzo, 30 de julio, 12 de septiembre de 2014 y 11 de marzo de 2015 entre otras muchas).

2. En el caso que nos ocupa, la sociedad ha acreditado debidamente la falta de legitimación del solicitante en los términos previstos en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil y en la doctrina de este Centro Directivo. De la documentación aportada resulta con claridad que el solicitante no ostenta la condición de socio de forma directa por lo que no se puede reconocer en su persona el ejercicio de un derecho que no le corresponde.

El solicitante acompaña a su solicitud acta de identificación de titularidad real de la que resulta que el mismo resulta ser, de manera indirecta, titular de más del 25% del capital social.

La sociedad por su parte acompaña, en vía de recurso, copia de información registral suministrada por el Registro Mercantil de Alicante de la que resulta que la sociedad tiene el carácter de unipersonal siendo su socio único la mercantil Mayve Inmobiliaria S.L.

No resultando del expediente que el solicitante actúe en representación del socio único (art. 233 de la Ley de Sociedades de Capital), sino en nombre propio, es evidente que el mismo carece de la legitimación prevista en el artículo 265.2 para solicitar del registrador mercantil la designación de un auditor de cuentas en los términos previstos en el citado precepto. De dicho

artículo resulta con absoluta claridad que la legitimación recae exclusivamente en quien ostente la condición de socio por lo que la titularidad indirecta, por medio de otra u otras sociedades o de otras personas físicas o jurídicas, no permite el ejercicio del derecho.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Alicante núm. 3, don Francisco José Salvador Campderá de fecha 17 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 9 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 9 de mayo de 2017 (5)

En el expediente 36/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sistemas y Métodos de Trabajo, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 7 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 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 «Sistemas y Métodos de Trabajo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

Acompaña a su solicitud copia del acta de identificación de titular real autorizada por el notario de Benidorm don José Ramón Rius Mestre el día 4 de junio de 2012. En dicho documento comparece don…… en su condición de administrador solidario de la sociedad «Sistemas y Métodos de Trabajo S.L.», manifestando que don…… es titular de más del 25% del capital social.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad no está obligada a auditar sus cuentas. 2.º Que carece de medios económicos, materiales y humanos para llevar a cabo auditoría alguna. 3.º Que tales circunstancias son conocidas del solicitante quien debe correr con los gastos correspondientes.

III

El registrador mercantil de Alicante núm. 3, don Francisco José Salvador Campderá dictó resolución en fecha 17 de marzo de 2017 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 10 de abril de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que el solicitante alega su condición de socio que pretende justificar mediante un documento de titularidad real emitido en 2012, eficaz en materia de control de blanqueo pero que realmente no certifica la titularidad de las participaciones sociales. 2.º Que la composición del capital social es el que resulta del Libro de socios, copia de la hoja correspondiente se acompaña, y en la que no aparece el señor Magraner Duart, como no aparece en las cuentas depositadas del ejercicio 2015. Que, en base a lo anterior, al principio de igualdad ante la Ley y al principio de que la Administración debe poner a disposición del administrado la información de que dispone, solicita la desestimación de la solicitud efectuada por carecer el solicitante, a título personal, de la condición de partícipe del 25% del capital social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 único motivo de recurso consiste en la denegación de legitimación del solicitante para el ejercicio del derecho contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. El recurso no puede prosperar porque la sociedad no ha desvirtuado en absoluto la legitimación activa del solicitante. Dicha 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 especial-

mente 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 (*vide* resoluciones de 11 de marzo, 30 de julio, 12 de septiembre de 2014 y 11 de marzo de 2015 entre otras muchas).

2. En el supuesto que da lugar a la presente, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: el acta de identificación de titular real autorizada el día 25 de noviembre de 2010 en la que el administrador y hoy recurrente afirma que la persona del solicitante es socio y titular de más del 25% del capital social, documento del que resulta inequívocamente la legitimación exigida por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

La sociedad, por su parte no ha aportado prueba demostrativa de que hubiera perdido su condición de socio o de que el porcentaje de capital ostentado sea inferior al mínimo legal. Las alegaciones de la recurrente intentan trasladar al peticionario de la auditoría la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni reglamentariamente, olvidando que éste ya ha demostrado, al menos, que fue socio y, bajo su responsabilidad, que sigue siéndolo en la actualidad. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar –y no lo ha hecho– que el socio ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que está legitimado para solicitar la auditoría.

No puede acogerse la oposición de la sociedad basada en el contenido del libro registro de socios pues como ha reiterado esta Dirección tal circunstancia por sí sola no puede enervar el derecho del socio minoritario 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 sólo 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Alicante núm. 3, don Francisco José Salvador Campderá de fecha 17 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 9 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 10 de mayo de 2017(1)

En el expediente 15/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Paopsa, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 10 de enero de 2017 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 «Paopsa, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Falta de legitimación del solicitante, al carecer de la condición de socio de dicha sociedad dado que conforme a las resoluciones judiciales del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid, de fechas 4 de febrero y 17 marzo de 2016 se procedió a la liquidación del régimen económico matrimonial existente entre el interesado y su ex cónyuge de donde resulta que las participaciones sociales fueron adjudicadas en su totalidad a doña …..

III

A la vista de la alegaciones, el registrador mercantil don José María Rodríguez Berrocal con fecha 30 de enero de 2017 requirió a la sociedad para que, en el plazo de diez días, aportase el original o testimonio notarial de la sentencia firme que puso fin al procedimiento de liquidación de regímenes económicos matrimoniales cuya fotocopia se aportó junto con el escrito de oposición.

En contestación a dicho requerimiento se presentó en el Registro con fecha 15 de febrero de 2017, copia del escrito presentado en el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid solicitando se procediese a librar testimonio de la citada resolución. Con fecha 20 de febrero de 2017, el registrador mercantil acordó ampliar el plazo en cinco días para aportar la documentación requerida. Con fecha 23 de febrero de 2017 tuvo entrada en el Registro, testimonio judicial del Auto dictado el 16 de marzo de 2016 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 24 de Madrid en el procedimiento de liquidación de regímenes económicos matrimoniales 646/2014.

El registrador mercantil dictó resolución en fecha 28 febrero 2017 por la que acordó admitir la oposición y denegar el nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 13 de marzo de 2017 que tuvo entrada el mismo día en esta Dirección General, interpuso recurso de alzada contra dicha resolución, alegando su oposición así como que durante el periodo comprendido entre el 1 de enero y 30 de mayo 2016 sí ostentaba el porcentaje necesario para solicitar la auditoría de cuentas de las comprendidas en ese periodo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo es importante destacar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de un socio cuando no se ha nombrado tempestivamente por la sociedad. 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).

2. En el caso que nos ocupa, la sociedad ha acreditado debidamente la falta de legitimación del solicitante en los términos previstos en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil y en la doctrina de este Centro Directivo, de la documentación aportada resulta con claridad que el solicitante no ostenta la condición de socio en el momento de presentación de la solicitud.

Como ha reiterado esta Dirección General, el supuesto contemplado en el artículo 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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don José María Rodríguez Berrocal, de fecha 28 de febrero 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 10 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 10 de mayo de 2017 (2)

En el expediente 20 /2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Skipper Capital Brasil One, S.L.»

HECHOS

I

Don ….., doña M.ª ….., doña ….., doña ….. y don ….. presentaron escrito de fecha 16 de Enero de 2017 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 17 enero del mismo año, solicitando al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Skipper Capital Brasil One, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Falta de legitimación dado que con fecha 8 de noviembre de 2016 la sociedad acordó la disolución y extinción de la misma. 2.º Carácter extemporáneo de la petición dado que como se ha mencionado la sociedad acordó la disolución con fecha 8 de noviembre, es decir, con anterioridad a la solicitud. 3.º Mala fe por parte de los solicitantes así como la imposibilidad de hacer frente a la auditoría solicitada.

III

El registrador mercantil de Madrid, don Miguel Seoane de la Parra dictó resolución de fecha 7 febrero por la que acordó admitir la oposición y no proceder al nombramiento del auditor solicitado dado que consultados los archivos del Registro tal y como expone la sociedad, resulta que en la Junta General Extraordinaria celebrada el día 8 de noviembre de 2016, la sociedad acordó su disolución y liquidación. Dicho acuerdo consta debidamente inscrito en la hoja registral abierta en este Registro Mercantil a la sociedad «Skipper Capital Brasil One, SL», el cual causó la inscripción 9.ª, de fecha 1 de febrero de 2017, quedando cancelados los asientos practicados en la hoja de la sociedad, por lo que al haberse extinguido de forma irreversible la personalidad jurídica de la sociedad, dejando de existir en el tráfico jurídico, carece de sentido atender la petición de auditoría presentada para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2016.

IV

Doña….., en representación de los solicitantes, por escrito de fecha 9 de marzo de 2017, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el mismo día, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución alegando la existencia de procedimiento judicial sobre la impugnación de los acuerdos adoptados aportando sólo el acuse de recibo de interposición de demanda de impugnación de acuerdos sociales vía Lexnet.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 primer lugar debe partirse para la resolución de este recurso del principio de legitimación recogido desde un punto de vista legal, y en lo que al caso nos interesa, en el artículo 7.º del Reglamento del Registro Mercantil, conforme al cual, «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 caso que nos ocupa, con fecha 8 de noviembre 2016 se acuerda por la sociedad la disolución y extinción de la misma, siendo inscrito el acuerdo con fecha 1 de febrero de 2017; posteriormente, el 17 de enero, se presenta la solicitud para el nombramiento de auditor y, según las alegaciones del escrito del recurrente, con fecha 20 de enero se presenta demanda de impugnación de acuerdos sociales presentándose comunicación vía Lexnet de la interposición de demanda de nulidad de acuerdos sociales. La comunicación vía Lexnet de interposición de demanda de nulidad de acuerdos sociales no puede ser estimada. Si bien es cierto que es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que la existencia de un procedimiento judicial pendiente de cuyo resultado dependa la legitimación del instante puede incidir en la tramitación y resolución del procedimiento, resulta necesario la acreditación de la resolución del procedimiento o la adopción de medidas cautelares reflejadas registralmente cuyo objeto sea la invalidez de los acuerdos de disolución y liquidación de los que se derivaría la plena vigencia de la sociedad reflejada, entre otros, por la reapertura de la hoja social que a día de hoy permanece cerrada de acuerdo con el asiento de cancelación practicado el 1 de febrero de 2017.

Por todo lo anterior, y en tanto no recaiga resolución judicial correspondiente que declare la invalidez de los acuerdos no pueden ser estimadas las alegaciones de la recurrente. En este sentido se pronuncian las Resoluciones de la dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de septiembre de 2012, 13 de febrero y 13 de mayo de 2013.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don Miguel Seoane de la Parra, de fecha 7 febrero 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 10 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 10 de mayo de 2017 (3)

En el expediente 44/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Continuos del Sur, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 15 de febrero de 2017, 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 «Continuos del Sur, S.L.», exactamente del 50%, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que la «finalidad de la solicitud no es el conocimiento de la situación económica, contable y fiscal de la sociedad sino muy al contrario, se trata de una medida coactiva para el otro socio contra quien se dirigen, últimamente, todas las acciones tendentes a la desaparición de la Sociedad». Indica también que el 10 de junio de 2016 el solicitante «vino ejerciendo el cargo de representante legal de la Sociedad actuando en consecuencia de tal forma, que se celebró la oportuna Junta General Ordinaria de la Sociedad el pasado 13 de julio de 2016, compareciendo todos los socios y aprobándose las cuentas anuales correspondientes al Ejercicio de 2015. Po ello, habiéndose aprobado dichas Cuentas, como ha ocurrido en todos los ejercicios anteriores, habiendo sido representante legal y por tanto, Administrador de la Sociedad hasta junio de 2016, nos preguntamos cómo es posible que quiera revisar las cuentas de dicho ejercicio, máxime cuando, además, se celebró Junta General Ordinaria de la Sociedad el pasado 18 de noviembre, en la que comparecen ya los únicos socios y en la que se dio cumplimiento a lo requerido por el socio respecto de la información de la sociedad.» Por tanto, concluye que «el solicitante de la auditoría no persigue conocer el estado contable de la Sociedad que por supuesto, conoce profundamente, sino que son otros fines los que le mueven que hemos de considerar como espurios y dañinos para la Sociedad, sus trabajadores, clientes…».

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 23 de marzo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don …..., como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 18 de abril de 2017, que tuvo entrada el día 19 inmediato posterior 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 «dada la ingobernabilidad en que el otro socio ha situado a la empresa, no se haya tenido más remedio que solicitar la Declaración de Concurso Voluntario de la misma para salvaguardar los intereses de todos, especialmente de la plantilla de trabajadores y la responsabilidad del que suscribe en su cualidad de representante legal de no adoptar dicha postura».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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: el conocimiento de la situación contable por parte del socio solicitante, y la situación de abuso de derecho que provoca la actuación del socio instante al perseguir una finalidad distinta de la mencionada solicitud y las posibles consecuencias de contenido negativo para la sociedad sin beneficio alguno para el mismo.

2. Respecto a esta última 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).

3. 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 concurrencia de causas distintas de las expresadas en la instancia de solicitud, o incluso la inexpresión de dicha causa 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.

4. Tampoco puede enervar el derecho individual la conclusión que se sigue por la sociedad de la circunstancia anterior de que, como administrador hasta la mitad del ejercicio, junio de 2016, conocía el contenido de la contabilidad social.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado 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, 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras).

Como resulta de los escritos de oposición y de recurso en el supuesto de hecho que da lugar a la presente, el socio solicitante ha sido efectivamente administrador de la sociedad durante parte del ejercicio cuya contabilidad solicitar auditar. Ahora bien, de los mismos escritos resulta que cesó en su cargo con antelación al cierre del ejercicio con lo que, en aquel momento, cesó a su vez la posibilidad de contratar auditoría en nombre de la sociedad. En tal supuesto, es doctrina de esta Dirección General que el socio no pierde el derecho a solicitar la auditoría en los términos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital si a pesar de haber ostentado facultades de gestión social durante el ejercicio, carece de ellas a su término prevaleciendo su derecho individual (*vide* resolución de 25 de julio de 2014, entre otras).

5. En la misma línea, no es admisible la pretensión de la sociedad basada en que el socio que ha sido administrador durante parte del ejercicio tiene conocimiento de la contabilidad social por lo que debe rechazarse su solicitud. No es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales (*vide* 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 (*vide* artículos 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. 4.1 de Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de cuentas).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 23 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 10 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 16 de mayo de 2017 (1)

En el expediente 47/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ilercapital, S.L.»

HECHOS

I

Doña ….. y doña ….. presentaron escrito de fecha 23 enero de 2017 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 9 de febrero, 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 «Ilercapital, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que la continuación del expediente daría lugar al cese de la actividad, pérdida de puestos de trabajos y disolución de la sociedad.

III

El registrador mercantil de Madrid, don Miguel Seoane de la Parra dictó resolución en fecha 21 marzo 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 17 de abril de 2017, que tuvo entrada el 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 la Resolución del expediente debe quedar sin efecto porque genera grave daños a la empresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo es importante destacar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de un socio cuando no se ha nombrado tempestivamente por la sociedad. 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). En el caso que nos ocupa las solicitantes cumplen los requisitos legales establecidos sin que las alegaciones de perjuicios y daños generados en la empresa sean alegación suficiente para enervar el derecho que legalmente les asiste y suponga la suspensión del procedimiento.

2. En cuanto a 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don Miguel Seoane de la Parra de fecha 21 marzo 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 16 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 16 de mayo de 2017 (2)

En el expediente 48/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «L.V.J Valencia 2016, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 14 de marzo de 2017 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 «L.V.J Valencia 2016, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º La falta de legitimación del solicitante porque había adquirido las acciones el 10 de enero 2017, 2.º Carecer de legitimación por tratarse de un socio mayoritario.

III

La registradora mercantil de Valencia, doña Laura M.ª de la Cruz Cano Zamorano dictó resolución de fecha 30 marzo por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 12 abril 2017, que tuvo su entrada el 19 abril del mismo mes 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 y añadiendo que no expresa el solicitante interés legítimo, así como que se ha respetado el derecho de información que asiste al socio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Como tiene declarado esta Dirección General (resoluciones de 17 de noviembre de 1999, 10 de julio de 2008 y 28 de julio de 2014); el requisito del 5% previsto por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para solicitar en el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio social el nombramiento de auditor debe ostentarse en el momento de solicitar su aplicación. En el presente caso, es irrelevante que el solicitante no tuviese la condición de socio durante el ejercicio 2016, ya que es en el momento de la solicitud donde debe examinarse si concurren los requisitos que exige la ley, cumpliéndolos en el caso que nos ocupa sin que pueda verse perjudicado además por el hecho de ostentar la condición de socio mayoritario, pues debe prevalecer el interés protegible del socio que desea conocer si las cuentas de la sociedad a que se ha incorporado reflejan adecuadamente la realidad patrimonial.

2. En cuanto a la falta de interés que la sociedad imputa al socio instante carece de relevancia alguna en este procedimiento limitado, como es doctrina reiterada (*vid.* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), 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 com-

petente 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.

3. En tercer lugar, no es aceptable pretender 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 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 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. 4.º de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Valencia doña Laura M.ª de la Cruz Cano Zamorano dictada con fecha 30 marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 16 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 17 de mayo de 2017 (1)

En el expediente 42/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Camiosur, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 18 de enero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Huelva, en el que tuvo su entrada el día 24 de enero de 2017, 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.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 6 de febrero de 2017, alegando, en esencia:

1. Que no procede el nombramiento por cuanto que no se alega causa alguna que justifique la solicitud de nombramiento.
2. Que la mercantil tiene designado desde el 15 de diciembre de 2015 auditor de cuentas para verificar las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

III

La registradora mercantil de Huelva, doña Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazábal, dictó resolución de fecha 14 de marzo de 2017 por la que acordó desestimar la solicitud y declarar no procedente el nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don …..., por escrito de fecha 10 de abril de 2017, que tuvo entrada el mismo día 10 de abril en el Registro Mercantil de Huelva, 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 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 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.

Corresponde examinar en este expediente una cuestión sobre la que este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. En relación con el nombramiento de auditor instado por parte del socio en cuestión, debe señalarse que según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo que la ley ha pretendido es que los socios tengan a su disposición unas cuentas anuales verificadas por un auditor, sin que sea determinante a instancia de quien haya sido designado ese auditor –Juez, Registrador u órganos sociales– ya que su independencia queda garantizada por las previsiones de la propia Ley de Auditoría de Cuentas, su Reglamento de desarrollo y las propias Normas Técnicas de Auditoría, constituyendo causa de oposición que enerva el derecho que al socio confiere el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital la existencia de nombramiento de auditor por la Junta o incluso el encargo, por parte de los administradores, de verificación de las cuentas anuales a un profesional independiente con anterioridad a la solicitud del socio y, desde luego, en este caso en que el propio nombramiento se encuentra inscrito en el Registro Mercantil de Huelva.

En este sentido, debe manifestarse que el nombramiento voluntario de auditor efectuado por una sociedad no obligada a la verificación de sus cuentas anuales puede ser considerado como causa que enerva el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital concede al socio que al menos ostente el 5% del capital social, siempre que concurran los dos requisitos siguientes:

1) Que ese nombramiento voluntario se haya efectuado con anterioridad a la presentación de la solicitud del socio minoritario.

2) Que se haya garantizado ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, para lo cual es necesario:

– O la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.

– O la puesta a disposición del solicitante del informe de auditoría correspondiente.

– O la incorporación del informe de auditoría al expediente, lo que implica la posibilidad de acceso inmediato a la auditoría solicitada.

A propósito del primer requisito, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado que hay que acreditar de la forma que dispone el artículo 1.227 del Código Civil que el nombramiento voluntario fue hecho con anterioridad a la solicitud del socio minoritario, pues en caso contrario el nombramiento no puede tenerse por previo (Resoluciones del citado Centro Directivo de fechas 5 de noviembre y 14 de diciembre de 2005, y 13 de mayo de 2006, entre otras).

En el presente expediente ambos requisitos aparecen cumplidos, puesto que el nombramiento y la aceptación fueron anteriores a la solicitud del socio y la existencia de la auditoría ha quedado garantizada mediante la inscripción de dicho nombramiento en el Registro Mercantil, bajo la inscripción 10.ª de la hoja de la sociedad. La sociedad «Camiosur, S.A.», al cumplir la obligación

de depositar sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2016, deberá presentar junto con las mismas, el informe de auditoría realizado por el auditor nombrado e inscrito en el Registro Mercantil de Huelva.

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, dictada con fecha 14 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 17 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Huelva.

Resolución de 17 de mayo de 2017 (2)

En el expediente 43/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Coteco Informática Internacional, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 28 de febrero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 3 de marzo inmediato posterior, en el que expuso: 1.º Que la junta general de la sociedad celebrada el día 30 de junio de 2014 designó auditor voluntario para los ejercicios 2014, 2015 y 2016 quien no llegó a emitir informe de las de 2014 ni las de 2015 por cuanto renunció a su cargo en junio de 2016 como justifica acompañando copia del burofax en que así consta. 2.º Que el administrador único de la sociedad designó a don….como auditor habiéndose procedido al depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2015. 3.º Que habiendo renunciado el auditor primeramente designado por la junta general no ha accedido a la hoja de la sociedad tal circunstancia. Que resultando de los asientos del Registro el nombramiento de un auditor para el ejercicio 2016 que sin embargo ha renunciado al ejercicio de su cargo, solicita:

a) Al amparo del artículo 266 de la Ley de Sociedades de Capital, y como titular de más de un 5% del capital de la sociedad «Coteco Informática Internacional, S.L.», la revocación de su nombramiento.

b) 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 «Coteco Informática Internacional, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que en fecha 20 de enero de 2017, el administrador único de la sociedad ha designado auditor voluntario en la persona de don ….. al no estar obligada a la verificación de sus cuentas anuales. Que dicho nombramiento no tuvo acceso al Registro Mercantil por constar previamente inscrito, para el ejercicio 2016, el nombramiento del otro auditor si bien se ha subsanado el defecto y ya consta inscrita la renuncia. 2.º Que no es precisa la inscripción de revocación de auditor pues la sociedad ya tiene uno señalado de conformidad con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Tribunal Supremo lo que hace innecesario asimismo la designación de uno distinto.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 13, don José María Méndez Castrillón dictó resolución en fecha 24 de marzo de 2017 por la que, habida cuenta de que en fecha 2 de marzo de 2017 se inscribió la renuncia de la sociedad de auditoría que constaba designada y que a la fecha de la resolución consta inscrito el nombramiento voluntario llevado a cabo por el administrador de la sociedad de don ….. y de su sustituto para la verificación de las cuentas anuales de los ejercicios 2016, 2017 y 2018, acordó:

a) Desestimar la revocación de auditor por constar ya inscrita en el Registro Mercantil.
b) Desestimar la solicitud de nombramiento de auditor para el ejercicio 2016 por constar inscrita la designación de don….. y de su sustituto como queda expresado.

IV

Don……, por escrito de fecha 10 de abril de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, limitándola al desistimiento de la designación de auditor para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016. El recurso se fundamenta, resumidamente, en los siguientes argumentos: «1.º Que a la fecha de presentación de su instancia (3 de marzo de 2017), la situación registral reflejaba la renuncia del anterior auditor designado, pero no la designación de uno nuevo. Que con posterioridad (el día 7 de marzo de 2017), se presenta la solicitud de nombramiento de auditor voluntario para los ejercicios 2016, 2017 y 2018. Que, con independencia de que el administrador carece de competencia para designar auditor de conformidad con las previsiones de los artículos 160 y 264 de la Ley de Sociedades de Capital, la inscripción de aquella designación es contraria a los artículos 6 y 7 del Reglamento del Registro Mercantil por lo que la actuación del registrador ha sido absolutamente ilegal por violación del principio de prioridad. 2.º Que es doctrina consolidada que para que la auditoría pueda enervar el derecho del socio minoritario es preciso que tenga acceso al Registro Mercantil con anterioridad a su solicitud y que se garantice el derecho de aquél. Que en este caso si bien la contratación es anterior a la

presentación de la instancia (por estar legitimada notarialmente la firma de la instancia del administrador en fecha 12 de enero de 2017), al no tener acceso al registro no perjudica a terceros conforme al artículo 1227 del Código Civil. Que no se cumple ni el requisito de contratación previa, al carecer el administrador de competencia para hacerlo y no estar presentada en el Registro Mercantil con anterioridad, ni se garantiza el derecho del minoritario al tiempo de la presentación de la instancia del socio minoritario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Limitado el objeto de recurso por el escrito de impugnación a la desestimación de designación de auditor solicitada al amparo de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, el recurso no puede prosperar. 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 art. 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 profesio-

nal 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 sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 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.»

A falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador 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. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, 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 recurso y de la resolución impugnada, pero si tenemos 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) 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 14.1 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 (como se afirma haber hecho), 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.

3. Los argumentos del escrito de recurso no pueden modificar las conclusiones anteriores.

En primer lugar, porque no es cierto que el administrador carezca de competencia para la designación de auditor. 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, resolución de 16 de abril de 2012). De los artículos artículo 263, 264 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital, resulta indubitadamente 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).

Si a lo anterior se une el hecho de que el asiento de inscripción de nombramiento de auditor se presume exacto y válido y se encuentra bajo la salvaguarda de los Tribunales como consecuencia del juego del principio de legitimación registral (art. 20 Código de Comercio), es evidente la inviabilidad de la pretensión del recurrente.

Si la sociedad instante considera que los administradores que han llevado a cabo la designación han faltado a sus deberes en relación al resto de consejeros o a su condición de socio puede ejercitar las acciones que al respecto le reconoce el ordenamiento jurídico (*vide* arts. 236 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital).

Tampoco es admisible la afirmación de que el registrador mercantil ha violado el principio de prioridad. Este Centro Directivo ha reiterado en numerosas ocasiones (por todas la Resolución en materia de recursos contra la calificación de 5 de junio de 2012 que fija además doctrina), que el principio de prioridad, propio de un registro de cosas como es el Registro de la Propiedad, tiene su reflejo en un Registro de personas como es el Mercantil si bien con las debidas adaptaciones derivadas de su distinta naturaleza. Prescindiendo de otras cuestiones que no son de interés en este expediente, tiene declarado esta Dirección General que aunque el artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil haga una formulación de tal principio, formulación que no aparece a nivel legal, su aplicación ha de ser objeto de una

interpretación restrictiva, atendida la naturaleza y función del Registro Mercantil y el alcance de la calificación donde los principios de legalidad y de legitimación tienen su fuente en la Ley (art. 20 del Código de Comercio). Con base en esta circunstancia es también doctrina asentada de este Centro Directivo que el registrador Mercantil deberá tener en cuenta en su calificación no sólo los documentos inicialmente presentados, sino también los auténticos y relacionados con éstos, aunque fuese presentados después, con el objeto de que, al examinarse en calificación conjunta todos los documentos pendientes de despacho relativos a un mismo sujeto inscribible, pueda lograrse un mayor acierto en la calificación, así como evitar inscripciones inútiles e ineficaces.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 13, don José María Méndez Castrillón de fecha 24 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 17 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 19 de mayo de 2017 (1)

En el expediente 7/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sumigas, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 2 de enero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Vizcaya, en el que tuvo su entrada el día 2 de enero de 2017, 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 «Sumigas, S.A.», el

nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 11 de enero de 2017, alegando, en esencia:

1. Que la sociedad tiene contratado la emisión del informe de auditoría para el ejercicio 2016 a la firma «Euskoaudit, S.A.P.», mediante la aceptación del correspondiente contrato de prestación de servicios firmado por las partes el 21 de diciembre de 2016.
2. Que el anterior extremo fue puesto en conocimiento de los accionistas el 9 de enero de 2017, mediante la oportuna comunicación realizada a través de la página web corporativa de la sociedad.
3. Consecuencia de lo anterior, la solicitante ha sido debidamente informada del nombramiento del auditor para verificar las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

III

El registrador mercantil de Vizcaya III, don Carlos Alonso Olarra dictó resolución en fecha 18 de enero de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don….., por escrito de fecha 2 de febrero de 2017, que tuvo entrada el mismo día 2 de febrero en el Registro Mercantil de Vizcaya, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

V

A la vista de los antecedentes anteriores, esta Dirección General, por medio de oficio de la Consejería Técnica de fecha 3 de abril de 2017 acordó conceder a la sociedad recurrente un plazo de quince días hábiles a fin de que aportase el informe de verificación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, bajo apercibimiento, en caso contrario, de dictar resolución de acuerdo al contenido del expediente.

VI

Con fecha 4 de mayo de 2017 tiene entrada en el Registro General del Ministerio de Justicia el informe de verificación de cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 de la sociedad «Sumigas, S.A.», formulado por la auditora «Euskoaudit, S.A.P» con fecha 26 de abril de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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.

Corresponde examinar en este expediente una cuestión sobre la que este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse den numerosas ocasiones. En relación con el nombramiento de auditor alegado por parte de la sociedad, debe señalarse que según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo que la ley ha pretendido es que los socios tengan a su disposición unas cuentas anuales verificadas por un auditor, sin que sea determinante a instancia de quien haya sido designado ese auditor –Juez, Registrador u órganos sociales– ya que su independencia queda garantizada por las previsiones de la propia Ley de Auditoría de Cuentas, su Reglamento de desarrollo y las propias Normas Técnicas de Auditoría, constituyendo causa de oposición que enerva el derecho que al socio confiere el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital la existencia de nombramiento de auditor por la Junta o incluso el encargo, por parte de los administradores, de verificación de las cuentas anuales a un profesional independiente con anterioridad a la solicitud del socio.

Ello no obstante, debe manifestarse que el nombramiento voluntario de auditor efectuado por una sociedad no obligada a la verificación de sus cuentas anuales puede ser considerado como causa que enerva el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital concede al socio que al menos ostente el 5% del capital social, siempre que concurran los dos requisitos siguientes:

3) Que ese nombramiento voluntario se haya efectuado con anterioridad a la presentación de la solicitud del socio minoritario.

4) Que se haya garantizado ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, para lo cual es necesario:

– O la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.

– O la puesta a disposición del solicitante del informe de auditoría correspondiente.

– O la incorporación del informe de auditoría al expediente, lo que implica la posibilidad de acceso inmediato a la auditoría solicitada.

A propósito del primer requisito, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado que hay que acreditar de la forma que dispone el artículo 1.227 del Código Civil que el nombramiento voluntario fue hecho con anterioridad a la solicitud del socio minoritario, pues en caso contrario el

nombramiento no puede tenerse por previo (Resoluciones del citado Centro Directivo de fechas 5 de noviembre y 14 de diciembre de 2005, y 13 de mayo de 2006, entre otras).

En el presente expediente ambos requisitos aparecen cumplidos, puesto que el nombramiento y la aceptación del encargo fueron anteriores a la solicitud del socio y la existencia de la auditoría ha quedado garantizada mediante la incorporación del informe de auditoría al expediente, según resulta del antecedente VI, lo que implica la posibilidad de acceso inmediato a la auditoría solicitada, enervando así el derecho del socio.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Vizcaya III, don Carlos Alonso Olarra, de fecha 18 de enero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 19 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Vizcaya.

Resolución de 19 de mayo de 2017 (2)

En el expediente 14/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Okay, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó escrito de fecha 20 de marzo de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Cádiz, 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 «Okay, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015, así como revocación del nombrado por la Junta General.

II

Dicha documentación fue calificada defectuosa por adolecer de la falta de legitimación notarial o ratificación ante el Registrador, concediéndole un plazo de diez días para la subsanación del documento.

Subsanada la documentación dentro del plazo concedido, se da traslado a la sociedad al objeto de que alegue, en su caso, lo que estime conveniente.

Con fecha 9 de septiembre de 2016 se recibe en el Registro Mercantil escrito fechado en La Línea de la Concepción el 5 de septiembre de 2016, por la Administradora Única Doña …..., manifestando que el acuerdo tomado por la Junta celebrada el 14 de diciembre de 2015 sobre nombramiento de auditor fue anulado por acuerdo de Junta General Extraordinaria celebrada el 29 de junio de 2016.

Con fecha 26 de septiembre de 2016 se requirió para mejor proveer a la señora Gavira Gómez a fin de que aporte copia del acta de la Junta.

Con fecha 13 de octubre del mismo año tuvo entrada en este Registro copia de la citada Junta, por la que efectivamente se toma el acuerdo de anular el nombramiento de auditor de la Junta de 14 de diciembre de 2015 sin que además de la documentación aportada resultase oposición a la solicitud de nombramiento.

III

La registradora interina del Registro Mercantil de Cádiz, doña Camino Ayuso Magán dictó resolución con fecha 20 de octubre 2016, por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado ante la falta de alegaciones presentadas, sin entrar en la revocación del auditor nombrado por la Junta General ya que durante la tramitación del expediente se presentó nuevamente acuerdo de la Junta General en el que fue revocado.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 18 enero 2017 de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Cádiz, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando la caducidad del expediente el cual se inició el 23 marzo de 2016 y fue resuelto el 20 octubre de 2016, superando por tanto el plazo previsto en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Alega, además, la recurrente la mala fe en cuanto a la solicitud del nombramiento y la falta de interés de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 primer lugar, en cuanto a la caducidad del procedimiento no cabe estimar las alegaciones planteadas dado que con fecha 26 septiembre la sociedad fue requerida para aportar los documentos relativos a la Junta General en la que se aprobó revocar al auditor nombrado con anterioridad, por tanto es de aplicación a este expediente lo dispuesto en el artículo 42.5 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual, «El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 de la presente Ley.» En el caso que nos ocupa no pueden contarse los plazos desde la iniciación del expediente dados las notificaciones para que se aportarse la documentación necesaria para la resolución del mismo.

2. En segundo lugar, en lo relativo a la mala fe de la solicitante, 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

3. Finalmente, por lo que se refiere a la falta de interés del solicitante, 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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora interina del Registro Mercantil de Cádiz de fecha 20 octubre 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, 19 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Cádiz.

Resolución de 19 de mayo de 2017 (3)

En el expediente 23/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Diseño de Máquinas y Programación de Automatismos S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 20 de enero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, en el que tuvo su entrada el mismo día 20, 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 «Diseño de Máquinas y Programación de Automatismos S.L.» (titular del 33,33 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 26 de enero en el domicilio social siendo recibido el día 30, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito presentado el día 6 de febrero alegando la que «con fecha 29 de diciembre de 2015 tuvo lugar la celebración de la Junta General Extraordinaria de socios de la sociedad «Diseño de Máquinas y Programación de Automatismos S.L.» en la que se acordó por mayoría el nombramiento de la empresa auditora «Moore Stephens Ibergup S.A.P.» como auditor de las anuales correspondientes a los ejercicios 2015, 2016 y 2017». Añade que el 13 de enero de 2016 se aceptó el cargo por la compañía auditora y el 13 de enero de 2016 se formalizó el contrato entre ambas sociedades que se adjunta. Indica que «los trabajos de auditoría de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2015 y 2016 se encuentran iniciados y que se aporta certificado emitido por la auditora «Moore Stephens Ibergup S.A.P.» a fin de acreditar todos los extremos relacionados en este escrito».

III

El registrador mercantil de Zaragoza I, don Joaquín Rodríguez Hernández, dictó resolución en fecha 8 de febrero de 2017 por la que desestimó 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 13 de abril se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de la misma fecha suscrito por Marcos Ignacio Villacampa Santaolaria, administrador solidario.

IV

En dicho escrito don ….., administrador solidario, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 8 de febrero, reiterando los argumentos expuestos en su escrito de oposición. Así confirma el nombramiento de auditor voluntario a instancia de la mercantil indicando que «la empresa auditora, a 6 de febrero de 2017, certifica que ha iniciado los trabajos de auditoría del ejercicio 2016, justificando y garantizando así la existencia de la auditoría, pues iniciados los trabajos es cuestión de tiempo que la empresa auditora, que es una empresa independiente, pueda completar su cometido, y se le pueda entregar al socio minoritario el informe».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 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 art. 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 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 (*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 (*vid.* artículos 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 casi 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* artículo 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. 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Zaragoza I, don Joaquín Rodríguez Hernández, de fecha 8 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 19 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Zaragoza.

Resolución de 19 de mayo de 2017 (4)

En el expediente 61 /2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Residencia Nova Santa Ana en Liquidación, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 27 de febrero de 2017 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 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Residencia Nova Santa Ana en Liquidación» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando en esencia: 1) que la situación actual de la sociedad es de liquidación en virtud de auto dictado por el Juzgado de lo mercantil número 2 de Murcia, por lo que no procede tal nombramiento dada la actual situación de la sociedad; 2) que dada la situación de liquidación el deber de información de los socios no comprende la facultad de solicitar el nombramiento auditor.

III

El registrador mercantil de Murcia II, don Bartolomé Nieto García dictó resolución con fecha 3 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don….., liquidador judicial, por escrito de fecha 28 de abril de 2017, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Murcia el mismo día 28, 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

Públicas, 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. Como 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). 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. (*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, y respecto al derecho de información del socio, éste no puede verse enervado por la existencia de un liquidador judicial cuyas funciones son las de liquidar la sociedad, sin extenderse en relaciones, facultades y derechos que competen a los socios. No es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales mediante la figura del liquidador (*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. (*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 aunque sea a través de la figura del liquidador 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 Ley 1/ 2015 de 20 julio de Auditoría de Cuentas).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Murcia II, don Bartolomé Nieto García de fecha 3 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 19 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Murcia.

Resolución de 19 de mayo de 2017 (5)

En el expediente 62/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Prudencio Dug e Hijos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentaron escrito de fecha 20 de enero de 2017 dirigido al Registro Mercantil Badajoz, en el que tuvo su entrada el día 23 febrero, en el que solicitaban, 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 «Prudencio Dug e Hijos SL.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, en primer lugar que el solicitante carece de legitimación al ser administrador solidario con cargo nombrado e inscrito, lo que implica que entre sus facultades y su cargo se encuentran, entre otros, la potestad de conocer el estado patrimonial de la sociedad y la facultad de nombrar auditor. En segundo lugar, señala que no existe otra causa para tal solicitud que la mala fe del solicitante.

III

El registrador mercantil de Badajoz Juan Enrique Pérez Martín dictó resolución con fecha 17 de abril de 2017 por la que acordó admitir la oposición y no proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 3 mayo 2017 de 2017, que tuvo entrada el abril en el Registro Mercantil de Badajoz el mismo día 3 de mayo, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que si bien fue nombrado e inscrito su cargo con posterioridad al mismo otorgó escritura de renuncia ante el notario de Badajoz Juan Manuel Ángel Ávila de fecha 21 octubre 2015, número de protocolo 1932, la cual no figura inscrita en el Registro mercantil, manifestando el solicitante que no ostentaba cargo alguno durante el ejercicio 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 147,350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

Para la resolución de este expediente debemos partir de dos principios esenciales en el ámbito del Registro Mercantil, que son, en primer lugar, el principio de legitimación, que consagra la validez de los actos inscritos y, en segundo lugar, la necesidad de que la renuncia del cargo de administrador sea inscrita en la hoja social, como dispone el artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil.

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 sep-

tiembre de 2008, 1 de septiembre de 2011 y 12 de septiembre de 2012, entre otras).

Si el socio administrador con facultad para nombrar auditor ha cesado antes de finalizar el ejercicio a auditar no por ello se le puede privar de su derecho pues como ha reiterado esta Dirección, prevalece su derecho como socio sin que la circunstancia de que la auditoría se refiera en parte a un ejercicio en el que haya tenido responsabilidades sobre las cuentas pueda privarle de aquél.

Como este Centro ha afirmado (resoluciones 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 contiene una fuerte medida protectora de los socios minoritarios por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad, el perjuicio económico que se produzca o las consecuencias que se deriven incluso para el propio solicitante, 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. No obstante, en el caso que nos ocupa la falta de inscripción de la renuncia del cargo de administrador implica una prevalencia del contenido del Registro en el cual Juan Antonio Dug Calzada sigue figurando como administrador.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez Martín de fecha 17 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 19 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Badajoz.

Resolución de 19 de mayo de 2017(6)

En el expediente 63/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hostelería El Potro, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 4 de febrero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de A Coruña, 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 «Hostelería El Potro S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia: 1) que la solicitante tiene sus participaciones sociales embargadas, lo que le priva del ejercicio de determinados derechos y, 2) mala fe y abuso de derecho en la solicitud formulada dados los costes que para la sociedad tiene el nombramiento de auditor, además que constatado el embargo en breve dejará de ser socia.

III

El registrador mercantil de A Coruña, don Juan Carlos González Nieto, dictó resolución con fecha 28 de marzo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don …..., por escrito de fecha 19 de abril de 2017, que tuvo entrada el mismo día 19 en el Registro Mercantil de A Coruña, 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 cuanto al embargo de participaciones, esta Dirección General ha reiterado (resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero de 2014, entre las más recientes) que sólo

procede la suspensión del procedimiento cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría, se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas o bien de un porcentaje sobre un conjunto de ellas. Cualquier otra cuestión entre las partes o entre estas y la sociedad debe seguir su curso por los trámites legalmente establecidos sin que tengan la virtualidad de afectar al procedimiento de nombramiento de auditor previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por ello, en el caso que nos ocupa, el embargo de las participaciones sociales no puede enervar por sí solo el derecho de un socio minoritario reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. En cuanto a la mala fe y los costes de la auditoría, es doctrina consolidada de este Centro Directivo 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). 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de A Coruña Juan Carlos González Nieto de fecha 28 de marzo 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 19 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de A Coruña.

Resolución de 22 de mayo de 2017

En el expediente 31/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Productos Seco, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó escrito de fecha 17 de febrero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de León, en el que tuvo su entrada el día 28 de febrero de 2017, 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 «Productos Seco, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 6 de marzo de 2017, alegando, en esencia, que, con fecha anterior a la solicitud de la minoría, la sociedad tiene contratado la emisión del informe de auditoría para el ejercicio 2016 y los dos siguientes ejercicios 2017 y 2018.

III

El registrador mercantil de León, don Óscar M.ª Roa Nonide dictó resolución en fecha 13 de marzo de 2017 por la que acordó desestimar la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don….., por escrito de fecha 27 de marzo de 2017, que tuvo entrada el día 28 de marzo 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.

V

A la vista de los antecedentes anteriores, esta Dirección General, por medio de oficio de la Consejería Técnica de fecha 3 de abril de 2017 acordó conceder a la sociedad recurrente un plazo de quince días hábiles a fin de que justifique la inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor para el ejercicio 2016 o bien para que aporte el informe de verificación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, bajo apercibimiento, en caso contrario, de dictar resolución de acuerdo al contenido del expediente.

VI

Con fecha 22 de mayo de 2017 tiene entrada en esta Dirección General comunicación remitida por el registro mercantil de León a la que se adjunta copia de la inscripción registral de nombramiento de auditor de cuentas por un período de tres años, para los ejercicios 2016, 2017 y 2018, practicada con fecha 17 de mayo de 2017, inscripción 5.ª

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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.

Corresponde examinar en este expediente una cuestión sobre la que este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. En relación con el nombramiento de auditor alegado por parte de la sociedad, debe señalarse que según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo que la ley ha pretendido es que los socios tengan a su disposición unas cuentas anuales verificadas por un auditor, sin que sea

determinante a instancia de quien haya sido designado ese auditor –Juez, Registrador u órganos sociales– ya que su independencia queda garantizada por las previsiones de la propia Ley de Auditoría de Cuentas, su Reglamento de desarrollo y las propias Normas Técnicas de Auditoría, constituyendo causa de oposición que enerva el derecho que al socio confiere el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital la existencia de nombramiento de auditor por la Junta o incluso el encargo, por parte de los administradores, de verificación de las cuentas anuales a un profesional independiente con anterioridad a la solicitud del socio.

Ello no obstante, debe manifestarse que el nombramiento voluntario de auditor efectuado por una sociedad no obligada a la verificación de sus cuentas anuales puede ser considerado como causa que enerva el derecho que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital concede al socio que al menos ostente el 5% del capital social, siempre que concurran los dos requisitos siguientes:

5) Que ese nombramiento voluntario se haya efectuado con anterioridad a la presentación de la solicitud del socio minoritario.

6) Que se haya garantizado ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicha auditoría, para lo cual es necesario:

– O la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.

– O la puesta a disposición del solicitante del informe de auditoría correspondiente.

– O la incorporación del informe de auditoría al expediente, lo que implica la posibilidad de acceso inmediato a la auditoría solicitada.

A propósito del primer requisito, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado que hay que acreditar de la forma que dispone el artículo 1.227 del Código Civil que el nombramiento voluntario fue hecho con anterioridad a la solicitud del socio minoritario, pues en caso contrario el nombramiento no puede tenerse por previo (Resoluciones del citado Centro Directivo de fechas 5 de noviembre y 14 de diciembre de 2005, y 13 de mayo de 2006, entre otras).

En el presente expediente ambos requisitos aparecen cumplidos, puesto que el nombramiento y la aceptación del encargo fueron anteriores a la solicitud del socio y la existencia de la auditoría ha quedado garantizada mediante la incorporación al expediente de la copia de la inscripción del nombramiento de auditor practicada en el Registro Mercantil, enervando así el derecho del socio, dado que cuando se presenten a depósito las cuentas en cuestión deberá acompañarse para su calificación correspondiente el informe de auditoría.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de León, don Óscar M.ª Roa Nonide dictada con fecha 13 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 22 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de León.

Resolución de 24 de mayo de 2017 (1)

En el expediente 56/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Beldafer, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., representada por don ….., presentó un escrito de fecha 18 de enero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Granada, en el que tuvo su entrada el día 25 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 «Beldafer S.L.» (titular del 10,917 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 22 de febrero en el domicilio social siendo recibido el día siguiente, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 9 de marzo, presentado el día 17 alegando la «no nos oponemos a dicha auditoría siempre que se realice con financiación y a exclusiva costa de la socia minorista que la solicita».

III

La registradora mercantil de Granada, doña Concepción Rodríguez Gil, dictó resolución en fecha 24 de marzo de 2017 por la que desestimó la oposición formulada por la sociedad, dando traslado de tal resolución correo certificado con acuse de recibo, advir-

tiendo de que contra la misma procedía recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. El día 18 de abril se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de la misma fecha suscrito por doña ….., administradora de la sociedad.

IV

En dicho escrito doña ….., administradora, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 24 de marzo, en base a los siguientes argumentos: reitera «el hecho de que esta Sociedad no puede asumir el costo de la Auditoría solicitada ya que viene arrastrando unas pérdidas importantes, insistentes y reiteradas desde años atrás», por lo que «de llevarse a cabo la pretendida auditoría éste debe ser a cargo y a costa de la socia minoritario que la solicita».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 art. 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.

2. En el expediente que da lugar a la presente, la sociedad no formula oposición ni recurre la solicitud de nombramiento de auditor para el ejercicio 2016 a instancia del socio minorista, requiriendo tan sólo que los costes derivados de tal auditoría sean de cargo del socio solicitante, al carecer la misma de recursos económicos.

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.

El alcance de la calificación registral en el presente expediente queda limitada a comprobar la legitimación del solicitante, así como la concurrencia de los presupuestos objetivos contenidos en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, cuestiones no controvertidas en el presente. Por tanto, no puede este Centro Directivo, como pretende la recurrente, conocer de la situación financiera de la mercantil pese a aportar la cuenta de pérdidas y ganancias de los últimos tres ejercicios.

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 sólo 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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Granada, doña Concepción Rodríguez Gil, de fecha 24 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 24 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Granada.

Resolución de 24 de mayo de 2017 (2)

En el expediente 58/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Frugosa Explotaciones Agrícolas, S.L.».

HECHOS

I

Don….., presidente del Consejo Rector de «La Vega del Mármol, Sociedad Cooperativa de Explotación Comunitaria de la Tierra», presentó un escrito de fecha 28 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el día 29 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 «Frugosa Explotaciones Agrícolas S.L.» (titular del 50 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 31 de marzo en el domicilio social siendo recibido el día siguiente, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 10 de abril, presentado el mismo día alegando la «doble condición del solicitante que además de socio es administrador de sociedad Frugosa Explotaciones Agrícolas, S.L.» Además, indica que tal cargo lo ostenta desde el momento de la constitución de la sociedad hasta la actualidad, con carácter indefinido. Por último, destaca que el 27 de marzo de 2017 se adoptó por el otro administrador solidario la decisión de efectuar nombramiento de auditor voluntario, nombrando para ello a la mercantil Haz de Servicios Externos S.L.P.

III

El registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín, dictó resolución en fecha 11 de abril de 2017 por la que estimó 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 3 de mayo se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de la misma fecha 28 de abril suscrito por don….., presidente del Consejo Rector de «La Vega del Mármol, Sociedad Cooperativa de Explotación Comunitaria de la Tierra».

IV

En dicho escrito don ….., presidente del Consejo Rector de «La Vega del Mármol, Sociedad Cooperativa de Explotación Comunitaria de la Tierra», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 11 de abril, en base a los

siguientes argumentos: En primer reconoce el carácter de administradora solidaria de la mercantil Frugosa Explotaciones Agrícolas, S.L., a la cooperativa «La Vega del Mármol, Sociedad Cooperativa de Explotación Comunitaria de la Tierra», si bien pone de manifiesto que la competencia para designar auditores corresponde en exclusiva a la junta general de la sociedad. A continuación, indica que «la citada certificación de fecha 27 de marzo de 2017, se aporta con firma legitimada ante el Notario de Badajoz Don Timoteo Díez Gutiérrez con fecha 6 de abril de 2017, lo que pone de manifiesto que se antedató la certificación de nombramiento de auditor voluntario, al haber recibido la comunicación de apertura de expediente de nombramiento de auditor ante el Registro Mercantil».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 art. 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 considerarse relevante, a efectos de determinar su legitimación, que el solicitante sea titular de un 50 % de las participaciones de la sociedad, porcentaje muy superior del mínimo exigido.

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 Direc-

tivo 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 quien ha sido desde la constitución de la sociedad de manera indefinida un administrador solidario de la mercantil y por tanto quien hubiera podido encargarla por sí sólo, como acto de gestión social. Además, manifiesta el recurrente que la certificación de 27 de marzo por la se acredita la decisión de efectuar el nombramiento de auditor voluntario por parte de la mercantil designando para los ejercicios 2016, 1017 y 2018 a la mercantil Haz de servicios Externos S.L.P.U fue antedatada al tener conocimiento del inicio del expediente a instancia del socio minorista.

En primer lugar, conviene recordar que en el presente expediente el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito del mismo. 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 administrador solidario (falsedad en la emisión de la certificación) debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente. De esta manera 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 sólo puede enervar la solicitud de nombramiento de auditor si acredita la falta de legitimación del instante o que no procede el nombramiento. De igual manera el socio solicitante no podrá pretender enjuiciar la legalidad de la certificación emitida en el seno de este procedimiento. Por tanto, cualquier otra cuestión debe ser planteada, como queda por extenso debidamente fundamentado, en el procedimiento judicial que corresponda.

3. En cuanto a la condición de administrador solidario del solicitante este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del art. 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. De aquí se sigue que no puede confundirse la obligación del órgano de administración de formular las cuentas anuales y de sus miembros individuales de firmarlas (art. 253 de la Ley de Sociedades de Capital), con el derecho individual de los socios a obtener una opinión objetiva e independiente sobre si dichas cuentas reflejan adecuadamente el estado patrimonial de la sociedad (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 doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado 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, 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras). Por tanto, debe concluirse que, en el presente expediente, debido al carácter de administrador solidario del solicitante, no concurre tal interés protegible.

A lo anterior hay que añadir que, 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, resolución de 16 de abril de 2012). 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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín, de fecha 11 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 24 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Badajoz.

Resolución de 26 de mayo de 2017 (1)

En el expediente 40/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Papel Plast Hogar, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 3 de febrero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 8 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 «Papel Plast Hogar, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

El registrador mercantil ofició al solicitante por resultar de la documentación que acompañaba a su solicitud su titularidad en proindiviso de las participaciones sociales, para que justificase los documentos que le acreditasen como titular individual o, en su caso, su designación como representante a los efectos de ejercer los derechos correspondientes de conformidad con el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

Mediante escrito de 21 de febrero de 2017 el solicitante contesta en el siguiente sentido: que no puede atender a la solicitud formulada por el Registro Mercantil pues la comunidad no ha designado representante; que en cualquier caso se trata de un mero acto de administración; que el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital debe ser interpretado en el sentido de que el socio minoritario obtenga protección; que el artículo citado solo exige que el socio minoritario represente un 5% del capital social lo que ocurre en su caso pues es titular de la totalidad de su participación junto con cuatro hermanos y que replicando la participación en la comunidad la participación en el capital social no es razonable que el ejercicio de los derechos deba ejercerlos el representante de la comunidad de bienes.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que no se ha recibido comunicación de la comunidad designando representante conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con cita de doctrina de esta Dirección General de los Registros y del Notariado.

IV

El registrador mercantil de Madrid núm. 7, don Celestino Ricardo Pardo Núñez dictó resolución en fecha 9 de marzo de 2017 por la que acordó estimar la oposición y desestimar el nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ….., por escrito que tuvo entrada el día 6 de abril 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: 1.º Que a través de la comunidad de bienes de que es partícipe junto a sus hermanos ostenta una participación del 20% del interés social. Que el artículo 265 sólo exige que el socio represente el 5% del capital social circunstancia que se cumple al ser titular de 1/5 del capital. Que la comunidad no tiene personalidad jurídica y la sociedad no es unipersonal. Que en el libro registro de socios aparece como titular de un 20% del capital social. Que se ha venido funcionando en la práctica como si la comunidad no existiese. Que desavenencias graves han conducido a su cese como consejero delegado en esta y otras sociedades. Que ya ha instado la comunidad de bienes lo que ha notificado mediante burofax al resto de comuneros de lo que resulta una expectativa razonable de derecho que es preciso proteger. Que la doctrina citada no es aplicable a un supuesto como el presente que la comunidad representa el 100% del capital social. Que será el representante de la comunidad designado por la mayoría de los comuneros quien decidirá la aprobación de las cuentas y del resultado por lo que no solo no ha participado en la formulación de cuentas, sino que tampoco podrá requerir documentación o información. Que la sentencia de la AP de LA Coruña, sección 4.ª, de 11 de marzo de 2016 (111/2010), resolvió en un supuesto idéntico al presente y al igual que en esta, el resto de comuneros están abusando de su condición de mayoría dentro de la comunidad y en el caso de doña ….., de su condición de administradora única.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Solicitada la designación de auditor por parte del registrador mercantil en base al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital resulta indiscutido que el solicitante es cotitular de una comunidad en parte hereditaria y en parte romana cuyo objeto lo constituye la totalidad de las participaciones de la sociedad.

La cuestión de fondo planteada no es otra, en definitiva, que la de determinar si quien solicita del registrador mercantil que lleve a cabo la designación de auditor reúne las condiciones exigidas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y, en particular, la condición relativa al porcentaje de participación en el capital social en concepto de socio.

2. Tratándose de un supuesto de comunidad ordinaria, la designación del representante común *ex* artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital procederá de acuerdo con las normas previstas en la legislación civil. A la

vista de lo que dice el artículo 398.1 del Código Civil, no existiendo regla pactada voluntariamente en contrario, será necesario el acuerdo de la mayoría de los partícipes. Se trata de una mayoría de cuotas o intereses, no de personas (argumento *ex* artículo 398.2 del Código Civil). Si no resultare mayoría o el acuerdo de ésta fuera gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el juez puede proveer a la designación de representante único frente a la sociedad *ex* artículo 398.3 del Código Civil en relación con lo previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital. En cualquier caso, debe acreditarse la designación a los efectos de ejercitar los derechos inherentes al porcentaje de capital. La sociedad puede resistir el ejercicio del derecho de solicitud de nombramiento de auditor por un copropietario que no sea el representante único designado por todos los partícipes: así lo tiene declarado este Centro Directivo en Resoluciones de 19 y 20 de abril de 1994, 15 de septiembre de 2006, 8 de junio de 2007 y 13 de junio y 8 de noviembre de 2013.

Tratándose de comunidad hereditaria, es doctrina de esta Dirección General (siguiendo al Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de noviembre de 2004), que fallecido un socio y en tanto se lleve a cabo la partición, los coherederos tienen derecho al conjunto de la herencia pero no sobre bienes concretos como puedan ser las participaciones sociales presentes en el caudal relicto; y es que la comunidad existente entre los coherederos, en cuanto comunidad germánica, les hace partícipes de una cuota sobre la totalidad de los bienes hereditarios pero no sobre bienes concretos. De aquí que sea de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues sólo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad.

De conformidad con dicha doctrina este Centro ha afirmado que ante un supuesto de comunidad hereditaria en la que existen participaciones del causante se ha de exigir para ejercitar los derechos que la ley confiere al socio, o bien que concurran todos los interesados, o bien que todos ellos hubieran designado un representante para que ejercite los derechos de socio conforme lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital (resolución de 1 de agosto de 2014), circunstancia que debe ser debidamente acreditada (resolución de 7 de octubre de 2013).

Colofón de la anterior doctrina es que uno sólo de los partícipes de la comunidad no puede actuar sin que resulte su designación por el conjunto de coherederos pues como mero titular de un porcentaje sobre un grupo de bienes entre los que existen participaciones sociales carece de legitimación para ejercitar el derecho a solicitar la verificación contable que corresponde al conjunto de ellos (resolución de 4 de junio de 2014).

3. Los argumentos de contrario no pueden enervar dicha conclusión. En primer lugar, porque la situación de hecho que el escrito de recurso describe (que se viene funcionando como si fueran titulares de participaciones deter-

minadas), constituye una mera afirmación de parte, que la sociedad no ha aceptado, y que no enerva la aplicación de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que sólo reconoce legitimación a quien resulte ser socio. Tampoco es admisible la afirmación de que en el libro registro de socios aparece como titular de un 20% del capital social pues, aparte de contradecir sus propias afirmaciones sobre la falta de condición de socio individual, del conjunto documental aportado resulta evidente la situación de comunidad, situación que el recurrente no niega.

3. Tampoco es admisible la afirmación de que su porcentaje representa un 20% del interés social y que el artículo 265.2 sólo exige un porcentaje que represente un 5% del capital social y no un porcentaje de participaciones sobre el total capital.

En nuestro ordenamiento, el capital social de las sociedades de responsabilidad limitada se representa mediante participaciones sociales. Así lo determina el artículo 1.2 de la Ley de Sociedades de Capital: «2. En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales…». Por su parte el artículo 22 determina como mención obligatoria de los estatutos que ha de contener la escritura constitutiva lo siguiente: «Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada expresará el número de participaciones en que se divida el capital social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos». Por su parte el artículo 179, en materia de derecho de asistencia determina que: «Los estatutos no podrán exigir para la asistencia a la junta general la titularidad de un número mínimo de participaciones», y el artículo 188 en relación al derecho de voto lo vincula a la titularidad de las participaciones al establecer: «1. En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto…». Por último, el artículo 198 de la Ley, al regular las mayorías exigibles en Junta dispone: «En la sociedad de responsabilidad limitada los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social…» En términos similares el artículo 199 en materia de mayorías reforzadas: «Por excepción a lo dispuesto en artículo anterior: a) El aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales requerirán el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. b) La autorización a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social; la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital; la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo y el traslado del domicilio al extranjero, y la exclusión de socios requerirán el voto favo-

rable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social».

De la regulación legal resulta con absoluta claridad que el ejercicio de los derechos de los socios se vincula a la titularidad de las participaciones sociales y que cuando se exige un quórum determinado se hace en función del porcentaje que dichas participaciones representan del total de participaciones existentes. No hay duda que es la representación del capital social, las participaciones, y no el capital en sí mismo, el criterio que sigue nuestro ordenamiento para regular el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio.

4. No es admisible la alegación de que la solicitud de designación de auditor voluntario es un mero acto de administración que puede ser llevado a cabo por cualquiera de los comuneros. Como resulta de la doctrina expuesta, la regulación legal exige que el ejercicio de los derechos del socio, respecto de las situaciones de comunidad sobre participaciones, se lleve a cabo por la persona designada, designación que, como igualmente queda expuesto, ha de llevarse a cabo de conformidad con las normas que regulan la comunidad de bienes. De aceptarse el argumento del recurrente quedarían sin efecto las previsiones legales para dicho ejercicio pues todo comunero podría ejercitar, como mero acto de administración, los derechos inherentes a la condición de socio.

Dichas normas no varían en el supuesto de que el conjunto de participaciones de la sociedad pertenezca a una sola comunidad de bienes: en este supuesto se aplica la previsión legal contemplada en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital y las previsiones del Código Civil sobre el modo de ejercitar los derechos inherentes al objeto de la comunidad. En tanto no se lleve a cabo la disolución de la comunidad de bienes con atribución de bienes concretos a cada uno de los partícipes, regirán aquellas normas sin que el mero hecho de que se haya requerido al resto de comuneros para llevar a cabo la disolución modifique la aplicación de la previsión legal. Precisamente porque existen desavenencias entre los comuneros, según resulta del propio escrito de recurso, se hace más necesario el cumplimiento de las normas que para su gobernanza prevé el ordenamiento.

En definitiva, la profunda situación de conflicto existente entre los comuneros puesta de manifiesto en el expediente y la indeterminación de los derechos que sobre las participaciones sociales provenientes de la herencia y donación corresponden a cada uno de ellos hace imposible acoger la pretensión del solicitante en tanto no conste acreditado en el expediente su titularidad sobre un número concreto y además determinado de participaciones sociales.

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 pro-

cedimiento 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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 7, don Celestino Ricardo Pardo Núñez de fecha 9 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 26 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 26 de mayo de 2017 (2)

En el expediente 41/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Metalgar, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 3 de febrero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 8 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 «Metalgar, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

El registrador mercantil ofició al solicitante por resultar de la documentación que acompañaba a su solicitud su titularidad en proindiviso de las participaciones sociales, para que justificase los documentos que le acreditasen como titular individual o, en su caso, su designación como representante a los efectos de ejercer los derechos correspondientes de conformidad con el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

Mediante escrito de 21 de febrero de 2017 el solicitante contesta en el siguiente sentido: que no puede atender a la solicitud formulada por el Registro Mercantil pues la comunidad no ha designado representante; que en cualquier caso se trata de un mero acto de administración; que el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital debe ser interpretado en el sentido de que el socio minoritario obtenga protección; que el artículo citado solo exige que el socio minoritario represente un 5% del capital social lo que ocurre en su caso pues es titular de la totalidad de su participación junto con cuatro hermanos y que replicando la participación en la comunidad la participación en el capital social no es razonable que el ejercicio de los derechos deba ejercerlos el representante de la comunidad de bienes.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que no se ha recibido comunicación de la comunidad designando representante conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con cita de doctrina de esta Dirección General de los Registros y del Notariado.

IV

El registrador mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa y Piñeiro dictó resolución en fecha 9 de marzo de 2017 por la que acordó estimar la oposición y desestimar el nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ….., por escrito que tuvo entrada el día 6 de abril 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: 1.º Que a través de la comunidad de bienes de que es partícipe junto a sus hermanos ostenta una participación del 20% del interés social. Que el artículo 265 sólo exige que el socio represente el 5% del capital social circunstancia que se cumple al ser titular de 1/5 del capital. Que la comunidad no tiene personalidad jurídica y la sociedad no es unipersonal. Que en el libro registro de socios aparece como titular de un 20% del capital social. Que se ha venido funcionando en la práctica como si la comunidad no existiese. Que desavenencias graves han conducido a su cese como consejero delegado en esta y otras sociedades. Que ya ha instado la disolución de la comunidad de bienes lo que ha notificado mediante burofax al resto de comuneros de lo que resulta una expectativa razonable de derecho que es preciso proteger. Que la doctrina citada no es aplicable a un supuesto como el presente que la comunidad representa el 100% del capital social. Que será el representante de la comunidad designado por la mayoría de los comuneros quien

decidirá la aprobación de las cuentas y del resultado por lo que no solo no ha participado en la formulación de cuentas, sino que tampoco podrá requerir documentación o información. Que la sentencia de la AP de LA Coruña, sección 4.ª, de 11 de marzo de 2016 (111/2010), resolvió en un supuesto idéntico al presente y al igual que en esta, el resto de comuneros están abusando de su condición de mayoría dentro de la comunidad y en el Consejo de Administración.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Solicitada la designación de auditor por parte del registrador mercantil en base al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital resulta indiscutido que el solicitante es cotitular de una comunidad en parte hereditaria y en parte romana cuyo objeto lo constituye la totalidad de las participaciones de la sociedad.

La cuestión de fondo planteada no es otra, en definitiva, que la de determinar si quien solicita del registrador mercantil que lleve a cabo la designación de auditor reúne las condiciones exigidas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y, en particular, la condición relativa al porcentaje de participación en el capital social en concepto de socio.

2. Tratándose de un supuesto de comunidad ordinaria, la designación del representante común *ex* artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital procederá de acuerdo con las normas previstas en la legislación civil. A la vista de lo que dice el artículo 398.1 del Código Civil, no existiendo regla pactada voluntariamente en contrario, será necesario el acuerdo de la mayoría de los partícipes. Se trata de una mayoría de cuotas o intereses, no de personas (argumento *ex* art. 398.2 del Código Civil). Si no resultare mayoría o el acuerdo de ésta fuera gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el juez puede proveer a la designación de representante único frente a la sociedad *ex* artículo 398.3 del Código Civil en relación con lo previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital. En cualquier caso, debe acreditarse la designación a los efectos de ejercitar los derechos inherentes al porcentaje de capital. La sociedad puede resistir el ejercicio del derecho de solicitud de nombramiento de auditor por un copropietario que no sea el representante único designado por todos los partícipes: así lo tiene declarado este Centro Directivo en Resoluciones de 19 y 20 de abril de 1994, 15 de septiembre de 2006, 8 de junio de 2007 y 13 de junio y 8 de noviembre de 2013.

Tratándose de comunidad hereditaria, es doctrina de esta Dirección General (siguiendo al Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de noviembre de 2004), que fallecido un socio y en tanto se lleve a cabo la partición, los coherederos tienen derecho al conjunto de la herencia pero no sobre bienes concretos como puedan ser las participaciones sociales presentes en el caudal relicto; y es que la comunidad existente entre los coherederos, en cuanto comunidad germánica, les hace partícipes de una cuota sobre la totalidad de los bienes hereditarios pero no sobre bienes concretos. De aquí que sea de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues sólo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad.

De conformidad con dicha doctrina este Centro ha afirmado que ante un supuesto de comunidad hereditaria en la que existen participaciones del causante se ha de exigir para ejercitar los derechos que la ley confiere al socio, o bien que concurran todos los interesados, o bien que todos ellos hubieran designado un representante para que ejercite los derechos de socio conforme lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital (resolución de 1 de agosto de 2014), circunstancia que debe ser debidamente acreditada (resolución de 7 de octubre de 2013).

Colofón de la anterior doctrina es que uno sólo de los partícipes de la comunidad no puede actuar sin que resulte su designación por el conjunto de coherederos pues como mero titular de un porcentaje sobre un grupo de bienes entre los que existen participaciones sociales carece de legitimación para ejercitar el derecho a solicitar la verificación contable que corresponde al conjunto de ellos (resolución de 4 de junio de 2014).

3. Los argumentos de contrario no pueden enervar dicha conclusión. En primer lugar, porque la situación de hecho que el escrito de recurso describe (que se viene funcionando como si fueran titulares de participaciones determinadas), constituye una mera afirmación de parte, que la sociedad no ha aceptado, y que no enerva la aplicación de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que sólo reconoce legitimación a quien resulte ser socio. Tampoco es admisible la afirmación de que en el libro registro de socios aparece como titular de un 20% del capital social pues, aparte de contradecir sus propias afirmaciones sobre la falta de condición de socio individual, del conjunto documental aportado resulta evidente la situación de comunidad, situación que el recurrente no niega.

4. Tampoco es admisible la afirmación de que su porcentaje representa un 20% del interés social y que el artículo 265.2 sólo exige un porcentaje que represente un 5% del capital social y no un porcentaje de participaciones sobre el total capital.

En nuestro ordenamiento, el capital social de las sociedades de responsabilidad limitada se representa mediante participaciones sociales. Así lo determina el artículo 1.2 de la Ley de Sociedades de Capital: «2. En la

sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales…». Por su parte el artículo 22 determina como mención obligatoria de los estatutos que ha de contener la escritura constitutiva lo siguiente: «Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada expresará el número de participaciones en que se divida el capital social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos». Por su parte el artículo 179, en materia de derecho de asistencia determina que: «Los estatutos no podrán exigir para la asistencia a la junta general la titularidad de un número mínimo de participaciones», y el artículo 188 en relación al derecho de voto lo vincula a la titularidad de las participaciones al establecer: «1. En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto…». Por último, el artículo 198 de la Ley, al regular las mayorías exigibles en Junta dispone: «En la sociedad de responsabilidad limitada los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social…» En términos similares el artículo 199 en materia de mayorías reforzadas: «Por excepción a lo dispuesto en artículo anterior: a) El aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales requerirán el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. b) La autorización a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social; la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital; la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo y el traslado del domicilio al extranjero, y la exclusión de socios requerirán el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social».

De la regulación legal resulta con absoluta claridad que el ejercicio de los derechos de los socios se vincula a la titularidad de las participaciones sociales y que cuando se exige un quórum determinado se hace en función del porcentaje que dichas participaciones representan del total de participaciones existentes. No hay duda que es la representación del capital social, las participaciones, y no el capital en sí mismo, el criterio que sigue nuestro ordenamiento para regular el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio.

5. No es admisible la alegación de que la solicitud de designación de auditor voluntario es un mero acto de administración que puede ser llevado a cabo por cualquiera de los comuneros. Como resulta de la doctrina expuesta, la regulación legal exige que el ejercicio de los derechos del socio, respecto de las

situaciones de comunidad sobre participaciones, se lleve a cabo por la persona designada, designación que, como igualmente queda expuesto, ha de llevarse a cabo de conformidad con las normas que regulan la comunidad de bienes. De aceptarse el argumento del recurrente quedarían sin efecto las previsiones legales para dicho ejercicio pues todo comunero podría ejercitar, como mero acto de administración, los derechos inherentes a la condición de socio.

Dichas normas no varían en el supuesto de que el conjunto de participaciones de la sociedad pertenezca a una sola comunidad de bienes: en este supuesto se aplica la previsión legal contemplada en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital y las previsiones del Código Civil sobre el modo de ejercitar los derechos inherentes al objeto de la comunidad. En tanto no se lleve a cabo la disolución de la comunidad de bienes con atribución de bienes concretos a cada uno de los partícipes, regirán aquellas normas sin que el mero hecho de que se haya requerido al resto de comuneros para llevar a cabo la disolución modifique la aplicación de la previsión legal. Precisamente porque existen desavenencias entre los comuneros, según resulta del propio escrito de recurso, se hace más necesario el cumplimiento de las normas que para su gobernanza prevé el ordenamiento.

En definitiva, la profunda situación de conflicto existente entre los comuneros puesta de manifiesto en el expediente y la indeterminación de los derechos que sobre las participaciones sociales provenientes de la herencia y donación corresponden a cada uno de ellos hace imposible acoger la pretensión del solicitante en tanto no conste acreditado en el expediente su titularidad sobre un número concreto y además determinado de participaciones sociales.

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* artículos 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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa y Piñeiro de fecha 9 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 26 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 30 de mayo de 2017 (1)

En el expediente 9/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ocio y Compañía, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., don ….. y doña ….. presentaron escrito de fecha 16 enero 2017, dirigido al Registro Mercantil de Vizcaya en el que tuvo su entrada y 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 «Ocio y Compañía, S.L.», el nombramiento de auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios alegando, en esencia: que el día 7 de julio de 2016 se celebró, conforme a Ley y en presencia de Notario, Junta General disponiendo el punto 5 de su Orden del Día: «5. Nombramiento para la auditoría de los ejercicios 2016, 2017 y 2018». La Junta de accionistas adoptó, con el respaldo de votos a favor representativos del 70,82 por 100 del capital social, sin voto en contra alguno, y con la abstención del 29,18 por 100 restante, la decisión de nombrar auditora para la censura de las cuentas de los ejercicios 2016, 2017 y 2018, a la sociedad denominada «BDO Auditores, SLP», junta en la que los solicitantes de nombramiento de auditor para las Cuentas Anuales de 2016 participaron y en la que votaron conforme a derecho; solicitantes que, en consecuencia, de mala fe instan, una vez más, el nombramiento de auditor por ese Registro Mercantil, conocedores del nombramiento de la auditora BDO para la censura de cuentas de ese mismo ejercicio. Estando auditadas por el auditor nombrado por ese Registro Mercantil.

III

El registrador mercantil de Vizcaya, don Carlos Alonso Larra dictó resolución en fecha 1 de febrero de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento

del auditor solicitado, señalando además, a la vista de las alegaciones, que en el Registro consta en relación con dicha presentación lo siguiente: el 11 de octubre de 2016 se presentó para su inscripción el nombramiento de auditor de la sociedad BDO Auditores SLP para los ejercicios 2016, 2017 y 2018, mediante certificación que motivó la entrada 1/2016/13.618 causando el asiento número 1.356 del diario 374, adoleciendo dicha certificación de los siguientes defectos: 1. La sociedad tiene practicado el cierre de hoja registral, por falta de depósito de cuentas anuales, de conformidad con el art. 378 del Reglamento del Registro Mercantil. 2. Existe contradicción entre los apartado 4 y 5 de la certificación en cuanto a los ejercicios económicos para los que se nombra auditor, nombramiento que ha de respetar el periodo mínimo establecido en el 264 LSC. Dichos defectos fueron notificados el 18 de octubre de 2.016 prorrogándose el asiento de presentación 60 días hábiles, cancelado dicho asiento de presentación el 17 de enero de 2.017 por haber incurrido en caducidad.

IV

Don….., por escrito de fecha 20 de febrero de 2017, que tuvo entrada el 23 de febrero del mismo año en el Registro Mercantil de Vizcaya, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos. Señala el interesado, además, que en el mes de febrero se ha reunido la sociedad en Junta General y se han aprobado las cuentas de 2014 y 2015 debidamente auditadas por la misma sociedad que deberá auditar las cuentas de 2016 siendo innecesario, por tanto, la solicitud de nombramiento de auditor y dando además por subsanado el problema del cierre registral. Añade el recurrente la mala fe del solicitante así como que desde la fecha de 5 de enero de 2017 la sociedad se encuentra en situación de concurso.

V

Con fecha 27 de abril, está Dirección procedió a notificar al recurrente la concesión de un plazo de quince días (hábiles) previsto en el artículo 118.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para que justificase la inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor para el ejercicio 2016 o bien para que aportase el informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016, apercibiéndole de que de no hacerlo procederá a dictar resolución de acuerdo al contenido del expediente. Dicho requerimiento fue contestado con fecha 18 de mayo de 2017 en el que resulta acreditada la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil de Vizcaya, en el folio correspondiente a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 el supuesto que da lugar a la presente resulta que la solicitud de nombramiento se ha solapado con la inscripción del nombramiento de auditor nombrado por la Junta General en los términos que se recogen en los apartados anteriores.

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). Procediendo en consecuencia la desestimación 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 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.* 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. 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 Vizcaya, don Carlos Alonso Larra, de fecha 1 de febrero 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 30 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Vizcaya.

Resolución de 30 de mayo de 2017 (2)

En el expediente 64/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sociedad Constructora Fonda La Paloma, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 16 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Tenerife, en el que tuvo su entrada el mismo día 16, 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 «Sociedad Constructora Fonda La Paloma S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando, en esencia: 1) Falta de legitimación de la solicitante al no figurar inscrita en el libro de socios. 2) Falta de interés y motivación en la solicitud, dado que su condición de socia proviene de un negocio jurídico de donación donde el donante ostentó en algún momento la condición de administrador lo

que conllevaba un conocimiento de la situación del patrimonio social. 3) Los motivos de la solicitud son de carácter espúreo y sin más finalidad que el perjuicio económico y la pérdida de confianza en la sociedad. 4) La actividad normal de la sociedad cubre las necesidades de información de los socios en materia de ingresos y gastos, por lo que resulta superflua la solicitud.

III

La registradora mercantil de Tenerife, doña Ana Margarita López Rubio dictó resolución de fecha 11 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don …..y don ….. , por escrito de fecha 2 de mayo de 2017, que tuvo entrada el 4 mayo 2017 en el Registro Mercantil de Tenerife, 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 primer lugar, y en lo relativo a la falta de inscripción en el Libro Registro, no puede acogerse la oposición de la sociedad basada en el contenido del libro registro de socios, pues como ha reiterado esta Dirección tal circunstancia por sí sola no puede enervar el derecho del socio minoritario, 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 sólo 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.

2. En segundo lugar, y por lo que se refiere a la falta de motivación de la solicitud, la inexpresión de causa de la solicitud no puede enervar el derecho del socio minoritario, siendo 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 los motivos espúreos o de 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

4. En último lugar, y en relación al derecho de información, no es aceptable pretender 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 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.* Artículos 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 1/2015, de 21 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Tenerife, doña Ana Margarita López Rubio de fecha 11 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 30 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Tenerife.

Resolución de 30 de mayo de 2017 (3)

En el expediente 66 /2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cerrajería Fernández Lina, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 29 de marzo de 2017, 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 «Cerrajería Fernández Lina S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia: 1) La sociedad no está obligada a formular cuentas. 2) El solicitante no expresa la causa de solicitud. 3) La elaboración de las cuentas supone un serio perjuicio económico para la empresa. 4) La solicitud es consecuencia de un acto de mala fe del socio que pretende obtener con ello ventajas patrimoniales.

III

El registrador mercantil de Madrid XVI, don José María Rodríguez Berrocal, dictó resolución de fecha 17 abril 2017, por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….. presentó recurso de alzada contra dicha resolución con fecha 5 de mayo de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. 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 resolución de 14 de febrero de 2013 por todas).

2. 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. 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.

4. Finalmente, y en cuanto a la mala fe del solicitante, 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 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 Socieda-

des 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid XVI, don José María Rodríguez Berrocal, dictada con fecha de 17 abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 30 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 30 de mayo de 2017 (4)

En el expediente 67/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Robledillo Sociedad Patrimonial, S.L.»

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 31 de marzo de 2017, 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 «Robledillo Sociedad Patrimonial SL.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, la falta de legitimación de la solicitante, ya que constan en escritura pública con fecha 11 de noviembre de 2011 la elevación a público de los acuerdos adoptados por la Junta General el 7 noviembre de 2011, en los cuales se acordó un aumento de capital del inicial 3.006 euros a 203.006 euros, no siendo por tanto la solicitante, titular del 5% exigido por ley.

III

El registrador mercantil de Madrid XIII, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla dictó resolución de fecha 21 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don…., por escrito de fecha 3 mayo de 2017, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el 5 de mayo del mismo año, 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 ya se ha pronunciado anteriormente 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 ya en su beneficio (resolución de 13 de junio de 2016), ya en su perjuicio (resolución de 16 de agosto de 2016).

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. Esta regulación se adecúa a las reglas generales de eficacia del Registro Mercantil pues para que un hecho inscribible surta efectos frente a terceros, es preciso elevarlo a escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil (art. 21 del Código de Comercio). Sólo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es exacto y válido (art. 20 del Código de Comercio), quedando excluida la posi-

bilidad 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).

2. 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 el momento de su ejecución el acuerdo social despliega sus efectos y los socios pueden actuar en consecuencia. La suscripción y desembolso de acciones o participaciones atribuye la condición de socio (art. 91 de la Ley de Sociedades de Capital), y legitima para ejercitar los derechos inherentes a la misma (art. 93 del mismo texto legal), siempre de acuerdo a los requisitos que para su ejercicio exige el ordenamiento y sin perjuicio de las restricciones derivadas del hecho de la no inscripción (art. 34 de la propia Ley), o de la responsabilidad que de dicha circunstancia derive hacia los administradores (art. 54, 55 y 316 de la Ley). Los socios por tanto, desde ese momento, están legitimados frente a la sociedad para que esta les reconozca la condición de socio (art. 104 de la Ley), y el ejercicio de los derechos inherentes a esta condición: derecho al dividendo (art. 275), a la cuota de liquidación (art. 392), al de asunción o suscripción preferente (art. 304), al de asistir (art. 179), y votar (art. 188), en las juntas generales, así como el de obtener información (196 y 197 de la Ley), e impugnar los acuerdos sociales (art. 206), entre otros. 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 definitiva, 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 aquellos 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 adop-

ción, a fin de que desenvuelva todos los efectos previstos en el ordenamiento y no sólo los meramente internos (*vid.* art. 19 del Código de Comercio en relación a los arts. 81.2, 83 y 94.1. 2.ª del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta es la doctrina acorde con 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 otros).

3. En el presente caso resulta del expediente y de la documentación aportada que las escrituras de aumento de capital justificarían la falta de legitimación del socio requirente causando efectos desde la válida adopción de los acuerdos sociales. Por tanto, debe ser admitida la oposición de la sociedad basada en la falta de legitimación como motivo de denegación de la solicitud del socio minorista.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid XIII, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla de fecha 21 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 30 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 1 de junio de 2017 (1)

En el expediente 51/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Luis Delgado, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. y don ….. presentaron un escrito de fecha 27 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el día 30 inmediato posterior, 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, cada uno, de más del 5% del capital social de «Luis Delgado, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que están pendientes sendos procedimientos judiciales con los solicitantes. Que el solicitante don….ha constituido una sociedad con objeto idéntico al de la que nos ocupa lo que unido a otras circunstancias ha provocado la demanda de exclusión de la sociedad. Que no tiene otro empeño que tomar el control de la sociedad o procurar su desaparición como ya ha ocurrido con otra del grupo familiar. Que en cuanto a doña ….. está en procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales con el actual administrador de la sociedad. Que de todo lo anterior resulta que la apariencia de legalidad que reviste la solicitud encubre una utilización fraudulenta de la Ley.

III

El registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín dictó resolución en fecha 11 de abril de 2017 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 28 de abril de 2017, 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 y añadiendo que puede darse la circunstancia de que, como consecuencia de los procedimientos judiciales abiertos, y antes de emitirse el informe del auditor, los solicitantes no ostenten ya la consideración de socios. Que es falso que no se pusiera a disposición de los solicitantes las cuentas de 2015 como es falso que se haya requerido información a la sociedad respecto de las cuentas de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 pues ninguno de los motivos alegados tiene virtualidad suficiente para provocar la revocación de la resolución del registrador mercantil de Badajoz.

Téngase en cuenta que 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 y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Consecuentemente, el conjunto de afirmaciones que lleva a cabo el escrito de recurso sobre la intención de los solicitantes, sobre la utilización fraudulenta del procedimiento o sobre actuaciones anteriores que han llevado a cabo, resultan del todo irrelevantes para el presente procedimiento que, se reitera, no tiene otra finalidad que determinar si concurren o no los requisitos previstos en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para que el registrador mercantil lleve a cabo la designación de auditor.

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 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 de los solicitantes como pretende la sociedad recurrente. La competencia de esta Administración viene limitada por el contenido del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital 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. Es cierto que es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado (resoluciones 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), que procede la suspensión del procedimiento cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría, se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social, bien para discutir como ahora se hace si el solicitante es titular de participaciones concretas o bien de un porcentaje sobre un conjunto de ellas. El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida este siendo ejercitada por los Tribunales impide que esta Dirección se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto.

Lo que ocurre en el presente expediente es que la existencia de los procedimientos a que se ha referido el escrito de recurso (y antes el escrito de oposición), no se han acreditado por quien puede hacerlo. No cabe en consecuencia un pronunciamiento al respecto pues no habiendo sido traídos al expediente, no cabe apreciar su virtualidad para la suspensión de sus efectos.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín de fecha 11 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 1 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 1 de junio de 2017 (2)

En el expediente 52/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Poncelet Alimentación, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 11 de enero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artí-

culo 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 «Poncelet Alimentación, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad en fecha 29 de diciembre de 2016 suscribió contrato de auditoría para la verificación de las cuentas cerradas a 31 de diciembre de 2016, como resulta de la escritura pública autorizada en aquella fecha por el notario de Madrid don Ignacio Sáenz de Santamaría Vierna. Que como resulta de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la garantía frente al solicitante de la existencia de la auditoría se da per se al encontrarse los administradores obligados a formular las cuentas anuales si bien la sociedad se encuentra en ese momento imposibilitada de hacerlo al estar pendientes determinadas partidas, de modo que si es imposible formular las cuentas mayor imposibilidad hay para verificarlas, pese a lo cual ya han comenzado los trabajos de auditoría. Todo lo anterior sin perjuicio de que el informe de verificación, una vez realizado, se pondrá a disposición del solicitante y del resto de socios.

Acompaña a su escrito copia de la escritura pública referenciada en la que la representación de la sociedad junto a la representación de la sociedad de auditoría elevan a público el contrato de auditoría realizado entre ambas entidades el día 22 de diciembre de 2016.

III

La registradora mercantil de Madrid núm. 6, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez dictó resolución en fecha 24 de febrero de 2017 por la que acordó inadmitir la solicitud. La registradora fundamenta su decisión en el hecho de que la sociedad está obligada a la verificación contable de sus cuentas correspondientes a los ejercicios 2015 y 2016 por lo que no procede la solicitud cursada al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Don……, abogado, en representación de don ….., por escrito de fecha 30 de marzo de 2017 de 2017, que tuvo entrada el día inmediato posterior 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 sociedad Euroasset Auditores S.L. fue designada para verificar las cuentas del ejercicio 2015 por acuerdo de Junta de fecha 4 de diciembre de 2015. 2.º Que no hubo junta general durante el ejercicio 2016, habiéndose celebrado junta general el día 20 de enero de 2017 para la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2015. 3.º Que de acuerdo al artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital la competencia para designar auditor corresponde a la junta general y no al órgano de administración. 4.º Que finalizado el ejercicio 2016 la junta de socios pierde la facultad de designar auditor y tampoco la ostenta el órgano de administración, reservando esta facultad al socio minoritario conforme al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. En consecuencia, ni el órgano de administración podía designar auditor durante el ejercicio 2016 ni la junta podía ratificar un nombramiento una vez finalizado el ejercicio, citando en su apoyo

la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 31 de octubre de 2013 y la de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 10 de julio de 2015. Que la sociedad acreditó el nombramiento de un auditor en fecha 29 de diciembre de 2016 pero dicha escritura ni estaba inscrita ni presentada en el Registro Mercantil al tiempo de la solicitud del socio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Como resulta de la resolución impugnada, la sociedad respecto de la que se solicita designación de auditor por la vía del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital resulta ser una sociedad obligada a la verificación de sus cuentas anuales por concurrir las circunstancias previstas en el artículo 263 de la propia Ley.

El procedimiento iniciado por el solicitante no es de aplicación al supuesto pues como resulta del artículo 265.2 de la repetida Ley, el mismo viene reservado para cuando: «En *las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor…*»

Resultando del contenido del Registro Mercantil que la sociedad se encuentra obligada a verificar sus cuentas anuales la solicitud de que el registrador mercantil designe auditor no puede tramitarse más que de acuerdo a la previsión del artículo 265.1 de la propia Ley por lo que no procede sino confirmar la resolución de la registradora.

2. Téngase en cuenta que ambos procedimientos, aun compartiendo sus trámites, no pueden confundirse pues su finalidad y contenido son completamente diferentes como lo son las circunstancias en que ambos pueden iniciarse.

Si el socio individual desea ejercer el derecho que le reconoce el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital por carecer la sociedad obligada de auditor designado conforme a la previsión del artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital, deberá iniciar el procedimiento correspondiente ante el propio Registro Mercantil.

Téngase en cuenta que la pretensión en uno y otro supuesto no tiene la misma causa como no son los mismos ni sus requisitos de ejercicio ni los medios de oposición con que cuenta la sociedad afectada. A diferencia del supuesto del artículo 265.2, el contemplado en su primer inciso no viene limitado ni por circunstancias temporales ni por exigencias de capital mínimo. La pretensión del socio u otra persona legitimada es ciertamente que se designe auditor pero por causa distinta (causa que en este caso debe expresarse en la instancia de solicitud *ex* artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil):

ya sea no existir uno previamente designado por la junta general antes de la finalización del ejercicio a auditar ya por no ser de aplicación el supuesto de prórroga a que se refiere el artículo 22 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas ya por cualquier otra circunstancia que así lo justifique.

La sociedad por su parte tiene el derecho a oponerse precisamente a la causa que haya sido alegada y a poner de manifiesto aquellas circunstancias por las que, a su juicio, no procede la designación de auditor por el registrador mercantil.

Téngase en cuenta que a diferencia del supuesto del artículo 265.2, que recoge un supuesto de reconocimiento de un derecho individual del socio (que exige determinar que se reúnen los requisitos para su ejercicio), el artículo 265.1 se refiere al incumplimiento de una obligación de la sociedad (lo que requiere determinar que efectivamente la sociedad se encuentra en tal situación). El distinto fundamento de uno y otro supuesto exigen que el procedimiento destinado a ponerlo de manifiesto se ventile precisamente por los trámites previstos al efecto.

3. En definitiva, resultando del contenido del Registro Mercantil que la sociedad se encuentra obligada a la verificación de sus cuentas anuales no procede dar trámite a la solicitud ejercida en base al supuesto del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pues lo contrario no sólo implicaría violentar el procedimiento previsto sino, y esto es lo definitivo, violentar la posición de defensa de la sociedad afectada lo que conllevaría la eventual nulidad de la resolución que al efecto resultase (*vide* artículo 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Sin perjuicio de lo anterior, nada impide al socio que considere que la sociedad se encuentra en la situación prevista en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital ejercer su derecho de instar del registrador mercantil la designación de auditor. Como queda dicho, la ausencia de limitaciones temporales o de porcentaje de capital permite la presentación de solicitud en cualquier tiempo una vez cerrado el ejercicio a que se refiera la instancia.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Madrid núm. 6, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez de fecha 24 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 1 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 1 de junio de 2017 (3)

En el expediente A–54/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Grupozero Seguridad y Control, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 29 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el día 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 «Grupozero Seguridad y Control, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante carece de legitimación hasta que se resuelva por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pontevedra el embargo de sus acciones (sic). Que con anterioridad a la solicitud efectuada por don ….., en los autos de ejecución forzosa 51/2016 que se siguen ante dicho juzgado se presentó escrito solicitando el embargo inmediato de la totalidad de las acciones (sic) del señor ….. en la sociedad. Se acompaña copia del escrito de solicitud con sello de lexnet anterior a la solicitud de designación de auditor de donde resulta que dicho señor conocía la existencia de solicitud de embargo antes de llevar a cabo la suya, como lo conocía su representación letrada. Que por todo ello interesa la suspensión del procedimiento hasta la resolución judicial que resulte pues podría implicar la pérdida de la condición de socio.

III

El registrador mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot dictó resolución en fecha 7 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don….., como representante de la sociedad, por escrito de fecha 28 de abril de 2017, que tuvo entrada el mismo día 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, añadiendo que de los artículos 109 a 122 de la Ley de Sociedades de Capital se desprende que el embargo de las participaciones implica la pérdida de su propiedad, reiterando su solicitud de suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 pues el motivo alegado, la existencia de embargo de las participaciones del solicitante, no puede producir la revocación de la resolución del registrador mercantil de Pontevedra.

2. La cuestión planteada en este expediente, la relativa al alcance del embargo de las participaciones sociales y si este embargo impide o no el ejercicio del derecho a solicitar, al socio que reúna los requisitos de tiempo y de capital previstos por la Ley, el nombramiento de un auditor que verifique las cuentas sociales de la sociedad, ha sido objeto de numerosas decisiones de esta Dirección General.

Este Centro Directivo viene manteniendo que el embargo de las participaciones 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 (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de junio de 2010, 28 de julio de 2014, 25 de julio de 2015 y 18 de julio de 2016, entre otras).

Así resulta indubitadamente del régimen legal establecido en la Ley de Sociedades de Capital. Conforme al artículo 133: «En caso de embargo de participaciones o de acciones, se observarán las disposiciones contenidas en el artículo anterior siempre que sean compatibles con el régimen específico del embargo.» El artículo 132.1 por su parte dispone: «Salvo disposición contraria de los estatutos, en caso de prenda de participaciones o acciones corresponderá al propietario el ejercicio de los derechos de socio. El acreedor pignoraticio queda obligado a facilitar el ejercicio de estos derechos».

Consecuentemente, y como resulta de los preceptos transcritos, embargadas las participaciones sociales no se produce una limitación en el ejercicio de los derechos del socio (asistencia, voto, dividendo, información, cuota de liquidación o designación de auditor…). No obstante, la situación procesal derivada de la situación de embargo, el socio conserva intactos sus derechos y puede ejercerlos sin restricción alguna. Si finalmente el embargo sigue adelante y, como consecuencia de la finalización de la vía de apremio, se produce una transmisión a favor de un tercero será en ese momento en el que se producirá la pérdida de la propiedad de las participaciones y decaerá la legitimación para el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio. Pero hasta

que ese momento llegue, el socio conserva su posición jurídica dentro de la sociedad.

3. En el supuesto que da lugar a la presente ni siquiera consta acreditada la situación de embargo de las participaciones sociales pues la sociedad se ha limitado a acreditar que ha solicitado la medida procesal, pero no que esta se haya producido. Como resulta del artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «1. Presentada la demanda ejecutiva, el Tribunal, siempre que concurran los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título, dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma. 3. Dictado el auto por el Juez o Magistrado, el Secretario judicial responsable de la ejecución, en el mismo día o en el siguiente día hábil a aquél en que hubiera sido dictado el auto despachando ejecución, dictará decreto en el que se contendrán: 1.º Las medidas ejecutivas concretas que resultaren procedentes, incluido si fuera posible el embargo de bienes».

Por su parte dispone el artículo 587 de la propia ley procesal l: «El embargo se entenderá hecho desde que se decrete por el Secretario judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba…».

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot de fecha 7 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 1 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 2 de junio de 2017

En el expediente 39/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Savela Escuelas Infantiles, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 3 de enero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 4 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 «Savela Escuelas Infantiles, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia por medio de escrito de fecha 13 de enero de 2017, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Madrid el 7 de febrero del mismo año, alegando, en esencia, que no procede el nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2016 por cuanto no se cumple el requisito exigible de que el socio minoritario tenga una participación de al menos un 5% del capital social, y ello como consecuencia del acuerdo de ampliación de capital social adoptado por la Junta General el día 24 de marzo de 2015 y elevado a público el 22 de diciembre de 2015 ante la notario Aurora Ruiz Alonso, núm. de protocolo 2333, de tal suerte que, tras la ampliación de capital expresada, la solicitante ostenta un 0,72% del capital social.

III

El registrador mercantil de Madrid XIII, don José María Méndez–Castrillón Fontanilla, dictó resolución de fecha 8 de febrero de 2017 por la que resolvió desestimar la oposición formulada por la sociedad, declarando procedente la designación de auditor de cuentas solicitado.

IV

Doña ….. y doña ….. interpusieron recurso contra resolución del registrador mercantil de Madrid XIII de 8 de febrero de 2017, mediante escrito fechado el día 8 de marzo de 2017 y que tuvo su entrada en el registro mercantil el día 10 del mismo mes, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, al que añaden el de los supuestos daños y perjuicios causados de imposible o difícil reparación.

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.

1. En primer lugar, 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, como es el caso de la alegación contenida en el recurso relativa a los supuestos daños y perjuicios causados de imposible o difícil reparación (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. Esta Dirección General 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.

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. 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). Sólo 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).

3. 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 el momento de su ejecución el acuerdo social despliega sus efectos y los socios pueden actuar en consecuencia. La suscripción y desembolso de

acciones o participaciones atribuye la condición de socio (art. 91 de la Ley de Sociedades de Capital), y legitima para ejercitar los derechos inherentes a la misma (art. 93 del mismo texto legal), siempre de acuerdo a los requisitos que para su ejercicio exige el ordenamiento y sin perjuicio de las restricciones derivadas del hecho de la no inscripción (art. 34 de la propia Ley), o de la responsabilidad que de dicha circunstancia derive hacia los administradores (art. 54, 55 y 316 de la Ley). Los socios por tanto, desde ese momento, están legitimados frente a la sociedad para que esta les reconozca la condición de socio (art. 104 de la Ley), y el ejercicio de los derechos inherentes a esta condición: derecho al dividendo (art. 275), a la cuota de liquidación (art. 392), al de asunción o suscripción preferente (art. 304), al de asistir (art. 179), y votar (art. 188), en las juntas generales, así como el de obtener información (196 y 197 de la Ley), e impugnar los acuerdos sociales (art. 206), entre otros. 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 definitiva, 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 aquellos 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 sólo los meramente internos (*vid.* artículo 19 del Código de Comercio en relación a los artículos 81.2, 83 y 94.1. 2.ª del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta es la doctrina acorde con 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 deter-

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

4. En el presente caso resulta del expediente que el acuerdo de aumento de capital tuvo lugar el 24 de marzo de 2015 y que la solicitud de nombramiento que nos ocupa se presentó en el Registro Mercantil el 4 de enero de 2017, lo que deslegitimaría al socio requirente causando efectos entre el socio y la sociedad desde la válida adopción de los acuerdos sociales, no pudiendo por tanto, en ningún caso, ser alegada la falta de inscripción.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid XIII, don José María Méndez–Castrillón Fontanilla, dictada con fecha 8 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 2 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 6 de junio de 2017 (1)

En el expediente 57/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «RSS Arquitectos y Colaboradores, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 2 de enero de 2017, 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 «RSS Arquitectos y Colaboradores, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Notificada la sociedad no realizó alegaciones.

III

El registrador mercantil de Alicante núm. 3, don Francisco J. Salvador Campderá dictó resolución en fecha 24 de marzo de 2017 por la que acordó inadmitir la solicitud y denegar el nombramiento del auditor solicitado.

De la resolución del registrador mercantil resulta lo siguiente:

a) Que el día 2 de enero de 2017 tuvo entrada en el Registro documento por el que se solicitaba la inscripción de nombramiento de auditor por la sociedad para el ejercicio 2016, solicitud que fue calificada negativamente.

b) Que el día 1 de marzo de 2017, tuvo entrada en el Registro Mercantil certificación expedida por el secretario del consejo de la que resultaba el nombramiento constando la aceptación del designado en fecha 28 de diciembre de 2016 y siendo dicha fecha fehaciente. El nombramiento consta inscrito en el folio de la sociedad.

IV

Don ….. , por escrito de fecha 3 de mayo de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que la certificación expedida por el secretario del consejo de administración para acreditar el nombramiento de auditor tiene firma legitimada el día 27 de febrero de 2017, fecha posterior a la solicitud efectuada por el socio minoritario por lo que de conformidad con la resolución de fecha 8 de mayo de 2013, a lo que hay que añadir que no habiéndose opuesto la sociedad a la solicitud del socio debería haberse procedido a la designación por el registrador mercantil. 2.º Que la designación no fue llevada a cabo por la junta general sino por el consejo de administración en contra de la previsión del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital. 3.º Que el socio ha venido solicitando designación de auditor para los ejercicios 2009 a 2015 en los que, pese a existir designación, no se ha podido llevar a cabo el trabajo de auditoría al no facilitar la sociedad la información necesaria con lo que se ha conculcado el derecho que al solicitante reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. 4.º Que el secretario y presidente del consejo de administración en el escrito presentado el día 22 de febrero de 2017 incurren en ilícito penal que será objeto de ampliación a la querella que se tramita en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Torrevieja. 5.º Que el auditor designado no goza de la independencia necesaria para el ejercicio de sus funciones como resulta de la documentación que acompaña. 6.º Que el registrador mercantil debería haber designado auditor dentro del plazo de cinco días a contar desde la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la notificación a la sociedad, lo que ocurrió el día 3.º de enero de 2017, resultando de la propia resolución recurrida que en fecha 7 de febrero de 2017 (fecha en la finalizaba el plazo de la sociedad para oponerse a la solicitud), no existía presentado en el Registro Mercantil documento alguno del que se desprendiese un nombramiento anterior al 2 de enero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Es evidente que el recurso no puede prosperar pues ninguna de las alegaciones que contiene el escrito de recurso puede enervar el hecho de que la sociedad tiene designado auditor para el ejercicio que se solicita y que dicha designación consta inscrita en el Registro Mercantil.

Como ha reiterado esta Dirección General en numerosísimas 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), cuando la sociedad tenga designado e inscrito un auditor de cuentas para el mismo ejercicio en que se solicita por el socio minoritario, dicha situación excluye la posibilidad de designación.

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 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.».

Ni jurídica ni económicamente tendría justificación la designación de un nuevo auditor que llevase a cabo la misma tarea de verificación que se ha encomendado a otro. Como pone de relieve la sentencia 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 y sin perjuicio de la valoración jurídica que de tal pretensión puedan deducir los Tribunales de Justicia (Fundamento de Derecho segundo *in fine*).

2. Téngase en cuenta que el objeto de este procedimiento no es, en ningún caso, la revisión de la inscripción que haya llevado a cabo el Registro Mercantil. Dicha inscripción se encuentra bajo la salvaguarda de los Tribunales e implica la presunción de que la situación inscrita existe y es válida por lo que produce todos sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de inexactitud (art. 20 del Código de Comercio).

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 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.

3. Si el recurrente considera que la inscripción de designación de auditor no ha sido practicada conforme a Derecho tiene a su disposición el conjunto de acciones que el ordenamiento contempla tanto para su impugnación como para la exigencia de las responsabilidades que considere oportunas, cuestiones todas ellas que escapan al objeto de este expediente y a la competencia de esta Dirección General.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Alicante núm. 3, don Francisco J. Salvador Campderá de fecha 24 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 6 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 6 de junio de 2017 (2)

En el expediente 60/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gefico Enterprise, S.L.»

HECHOS

I

Don ….., en representación de la sociedad A. López Auditores Consultores S.L. presentó un escrito de fecha 24 de febrero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de La

Coruña, 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 su representada de más del 5% del capital social de «Gefico Enterprise, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que la sociedad tiene designado e inscrito en el Registro Mercantil auditor para tres ejercicios.

III

El registrador mercantil de La Coruña, don Juan Carlos González Nieto dictó resolución en fecha 14 de marzo de 2017 por la que acordó inadmitir la solicitud y desestimar el nombramiento del auditor solicitado por constar inscrito el nombramiento de auditor voluntario para los ejercicios 2015, 2016 y 2017.

IV

Don ….., en la representación que ostenta, por escrito de fecha 3 de abril de 2017, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de La Coruña, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que con fecha 28 de diciembre de 2015 se celebró junta general de la sociedad en la que se acordó designación de auditor para el ejercicio 2015. Que para la inscripción en el Registro Mercantil el administrador presentó un documento en el que certificó que el órgano de administración acordó designar auditores para los ejercicios 2015, 2016 y 2017. 2.º Que el recurrente solicitó en 2016 designación de auditor para el ejercicio 2015 al que se opuso la sociedad alegando los nombramientos hechos por la junta y por acuerdo del órgano de administración. 3.º Que de lo anterior resulta que pese a estar autorizado por la junta a designar auditor para el ejercicio 2015, el administrador designó para 2016 y 2017. 4.º Que en la solicitud actual la sociedad se ha opuesto por tener designado auditor para el ejercicio 2016 cuando del acuerdo de junta sólo resultaba autorización para el ejercicio 2015. 5.º Que de todo lo anterior resulta que el documento de designación no puede dar lugar a la inscripción sino va acompañado del acta notarial de la junta por lo que no es posible que conste inscrito el nombramiento de auditor para tres ejercicios. 6.º Que de acuerdo con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado el documento en que se quiere amparar (sic) el Registro Mercantil para inscribir el nombramiento de auditor para los ejercicios 2016 y 2017 no puede ser válido por contradecir el artículo 142 del Reglamento del Registro Mercantil. 7.º Que estando constituido el órgano de administración de la sociedad por dos administradores solidarios ninguno de ellos puede certificar sus propias decisiones que no tienen el carácter de acuerdos sociales; que en definitiva no es posible que conste inscrito el nombramiento de auditor voluntario para los ejercicios 2015 y 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Es evidente que el recurso no puede prosperar pues ninguna de las alegaciones que contiene el escrito de recurso puede enervar el hecho de que la sociedad tiene designado auditor para el ejercicio que se solicita y que dicha designación consta inscrita en el Registro Mercantil.

Como ha reiterado esta Dirección General en numerosísimas 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), cuando la sociedad tenga designado e inscrito un auditor de cuentas para el mismo ejercicio en que se solicita por el socio minoritario, dicha situación excluye la posibilidad de designación.

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 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».

Ni jurídica ni económicamente tendría justificación la designación de un nuevo auditor que llevase a cabo la misma tarea de verificación que se ha encomendado a otro. Como pone de relieve la sentencia 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 y sin perjuicio de la valoración jurídica que de tal pretensión puedan deducir los Tribunales de Justicia (Fundamento de Derecho segundo *in fine*).

2. Téngase en cuenta que el objeto de este procedimiento no es, en ningún caso, la revisión de la inscripción que haya llevado a cabo el Registro Mercantil. Dicha inscripción se encuentra bajo la salvaguarda de los Tribunales e implica la presunción de que la situación inscrita existe y es válida por lo que produce todos sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de inexactitud (art. 20 del Código de Comercio).

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 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.

3. Si el recurrente considera que la inscripción de designación de auditor no ha sido practicada conforme a Derecho tiene a su disposición el conjunto de acciones que el ordenamiento contempla tanto para su impugnación como para la exigencia de las responsabilidades que considere oportunas, cuestiones todas ellas que escapan al objeto de este expediente y a la competencia de esta Dirección General.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de La Coruña, don Juan Carlos González Nieto de fecha 14 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 6 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 6 de junio de 2017 (3)

En el expediente 68/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Barrado Motors, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Tarragona, 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 de más del 5% del capital social de «Barrado Motors, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

El registrador mercantil da traslado a la sociedad de la solicitud junto a la documentación que la acompaña, señaladamente la copia del testamento a que se hará referencia. La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que no le consta que el solicitante sea socio de la sociedad pues no resulta que haya aceptado la herencia de don ….. para poder registrarlo en el libro de socios.

III

El registrador mercantil de Tarragona núm. 1, don Juan Enrique Ballester Colomer dictó resolución en fecha 12 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado. Fundamenta su decisión en que el instante aporta copia del testamento de don…..del que resulta que lega a su hermano don….todos los derechos que le corresponden sobre las participaciones de la mercantil Barrado Motors S.L. y le faculta para tomar posesión por sí mismo del legado.

IV

Don….., por escrito de fecha 4 de mayo de 2017, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Tarragona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que el solicitante no es socio de la sociedad. Que lo fue en su momento como se acredita documentalmente pero que no resulta que lo sea en la actualidad. Que del artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital resulta la necesidad de aceptación de la herencia. Que del derecho catalán aplicable resulta la necesidad de aceptación del legado de forma expresa o tácita. 2.º Que la existencia de un principio de prueba no acredita nada frente al administrador que afirma no hay constancia alguna de interés en las participaciones del solicitante, como recoge el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital. Que de la propia resolución resulta que consta en el expediente el traslado a la sociedad de la copia del testamento, que no se acepta, de donde resulta que antes no había conocimiento alguno, con cita de resoluciones de esta Dirección General. Que la actuación del solicitante con la permisividad del Registro Mercantil abre la puerta a la inseguridad jurídica. Que de conformidad con la previsión del artículo 112 de la Ley de Sociedades de Capital la transmisión no produce efectos frente a la sociedad. 3.º Que la afirmación de que basta con acreditar el derecho a la herencia para ostentar la condición de socio no se ajusta al ordenamiento jurídico como resulta del artículo 427-16 del Código de Sucesiones de Cataluña. Que el solicitante ni ha aceptado el legado, ni ha efectuado acción alguna que permita apreciar su vinculación con la sociedad ni está acreditada su voluntad de implicarse en su gestión. Que el solicitante carece de legitimación. Que la mera presentación del testamento no supone el ejercicio de los derechos inherentes a la propiedad y adquisición de las participaciones. 4.º Que el solicitante carece de bienes a su nombre como consecuencia de determinados problemas. Que es observable la mala fe del solicitante que cuestiona las cuentas de la sociedad desde fuera de la misma

y sin que nunca haya ejercitado comunicación al respecto. 5.º Que la falta de motivación de la solicitud y de su sustento jurídico conlleva una inseguridad jurídica derivada de una resolución infundada y que no respeta los principios jurídicos a que debería ceñirse. 6.º Que le consta que uno de los letrados que asesora al solicitante está casado con una empleada del Registro Mercantil por lo que se solicita se contemple causa de abstención o recusación. 7.º Que le consta que el señor solicitante ha pignorado sus participaciones como acredita con copia del documento acreditativo lo que refleja también el incumplimiento de la obligación de comunicarlo a la sociedad para su constancia en el libro registro de socios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 planteado de forma muy extensa y en un lenguaje que bordea, sino excede, de los límites del derecho de defensa, se fundamenta en un único motivo, consistente en la negación de la legitimación al solicitante. A juicio del recurrente, el solicitante carece de la condición de socio, y por ende de la posibilidad de ejercer el derecho reconocido a los mismos en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, pues no ha aceptado el legado que a su favor consta en el testamento referenciado en los hechos, no ha realizado actos que permitan afirmar su aceptación tácita, no ha notificado a la sociedad su adquisición ni ha actuado, en definitiva, como socio.

2. Por lo que a la cuestión de la legitimación se refiere, ha reiterado esta Dirección (*vide* entre las más recientes resoluciones de 29 y 30 de julio y 12 de septiembre de 2014), que es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de pedirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del art. 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende. En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: copia del testamento del que resulta un legado de cosa determinada a su favor, resultando así que la titularidad alegada está directamente ligada a la resultante del Libro Registro de Socios según resulta del propio escrito de recurso.

3. Tratándose de una sucesión sujeta al derecho catalán (cuestión indiscutida), la cuestión se centra en si el legatario de las participaciones puede ejercer los derechos inherentes al legado o si, con carácter previo, precisa de un acto adicional de aceptación que legitime su acción. De conformidad con el artículo 427–10.2 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña: «El legado tiene eficacia real si por la sola virtualidad del legado el legatario adquiere bienes o derechos reales o de crédito, determinados y propios del causante, que no se extingan por su muerte, así como si el legatario adquiere un derecho real que por razón del mismo legado se constituye sobre una cosa propia del causante.» Por su parte el artículo 427–14.1 dispone que: «Los legados se defieren al legatario en el momento de la muerte del causante.», y el artículo 427–15.1 que: «Por la delación, el legatario adquiere de pleno derecho la propiedad de la cosa objeto del legado si este es de eficacia real, y se convierte en acreedor de la persona gravada si es de eficacia obligacional, sin perjuicio de poder renunciar al mismo.» Completa la regulación el artículo 427–16.1 Que afirma: «El legatario que acepta expresa o tácitamente el legado consolida su adquisición…», y el artículo 427–22.4 al decir: «No obstante lo establecido por el apartado 3, el legatario puede tomar por sí solo la posesión del legado si el causante lo ha autorizado…».

Tratándose el supuesto que nos ocupa de un legado con eficacia real en el que el causante atribuye directamente al legatario el objeto legado y le autoriza para tomar posesión por si del objeto legado, la cuestión se traslada a determinar si el legado está aceptado o no, pues el escrito de recurso insiste en esta cuestión al afirmar que es preciso un acto previo de aceptación para poder ejercitar los derechos inherentes al mismo. La respuesta es claramente negativa. Como resulta de la regulación legal expuesta, el legatario adquiere de pleno derecho la propiedad del objeto legado desde el fallecimiento del testador pudiendo desde ese momento ejercer los derechos inherentes a la cosa legada. El mero hecho de solicitar, como socio, la designación de auditor en los términos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital implica una aceptación tácita de la delación testamentaria. Además, y como resulta del propio escrito de recurso, el solicitante ha pignorado sus participaciones lo que implica una evidente actuación como titular de las mismas y como socio. La afirmación, reiterada en el escrito de recurso, de que el solicitante no ha actuado como socio no se corresponde con la afirmación, que resulta del propio escrito, de que ha llevado a cabo un negocio jurídico, la pignoración, que implica la cualidad de socio (art. 132 de la Ley de Sociedades de Capital). La sociedad en consecuencia no puede ignorar lo que la misma proclama.

El hecho de que la sociedad no haya recibido una notificación anterior y formal de la aceptación o el hecho de que el socio no haya actuado como tal hasta el momento de solicitar la designación de auditor no empaña las afirmaciones anteriores. Bien al contrario, con independencia de si la sociedad conocía o no al tiempo de la presentación de la solicitud, que el instante ostentaba

la condición de socio, es doctrina reiterada (*vide* resolución de 6 de septiembre de 2011 por todas), que no puede alegarse falta de notificación de adquisición de la cualidad de socio por cuanto dicha circunstancia carece de transcendencia en el procedimiento ya que el traslado de la instancia solicitando el nombramiento de auditor de cuentas, efectuada por el Registrador Mercantil, junto con el principio de prueba aportado por aquél, tiene los efectos de la comunicación exigida por el artículo 123.3 de la Ley de Sociedades de Capital.

Además, no puede estimarse la afirmación de que se desconoce si se han seguido los trámites normativos para adquirir la condición de socio. Como ha reiterado esta Dirección no es preciso que la sociedad haya reconocido con anterioridad dicha condición; tal circunstancia por sí sola no puede enervar el derecho del socio minoritario 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 sólo 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 de este procedimiento el ejercicio de un derecho que la ley le atribuye a la otra, el socio minoritario.

4. Cual haya sido hasta el momento de la solicitud la actitud del solicitante o la motivación última de su acción es cuestión que escapa del objeto de este procedimiento. 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 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

5. Por este mismo motivo si el recurrente considera que existe justa causa para impugnar la independencia del registrador mercantil, para exigir responsabilidades o para cualquier otra acción, debe acudir a los remedios que le proporciona el ordenamiento sin que ninguna de tales cuestiones pueda ser decidida en el estrecho marco de este procedimiento.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Tarragona núm. 1, don Juan Enrique Ballester Colomer de fecha 12 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 6 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 6 de junio de 2017 (4)

En el expediente 74/2017 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Ereso Investment, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., actuando como apoderado de la entidad «Etyam S.L.» presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Ibiza, en el que tuvo su entrada el día 31 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 su representada de más del 5% del capital social de «Ereso Investment, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del solicitante, añadiendo que en caso de que se estimase la solicitud de designación de auditor, el nombramiento debería recaer en la sociedad Deloitte por aplicación de lo previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro

Mercantil por tratarse «Ereso Investment S.L.» de una sociedad perteneciente a un grupo en el que se integran numerosas sociedades obligadas a quien audita aquella. Que de lo anterior resulta una situación especial de las contempladas en dicho artículo, especialmente porque el auditor designado es una sociedad líder de auditoría de calidad, rigor e independencia. Que en atención a las circunstancias anteriores solicita se tenga formulada su oposición y de forma subsidiaria la designación como Deloitte como auditor para la verificación solicitada.

III

El registrador mercantil de Ibiza, don Javier Misas Tomás dictó resolución en fecha 24 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y elevar a esta Dirección la solicitud de designación de auditor determinado. No resulta del expediente que la resolución haya sido objeto de recurso.

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 355 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.

Del escrito de oposición no resultan circunstancia especial alguna que justifique la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento por cuanto se limita a afirmar la conveniencia de designación del mismo auditor que verifica las cuentas de otras sociedades obligadas del grupo a que pertenece la sociedad (*vide* resoluciones, entre otras, de 26 de octubre de 2016, 19 y 25 de enero de 2017).

No obstante, el instante, mediante escrito de fecha 25 de abril de 2017 remitido al Registro Mercantil de Ibiza manifiesta que no tiene impedimento alguno para que el auditor designado sea el propuesto por la sociedad.

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 «Ereso Investment S.L.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes exclusivamente al ejercicio 2016 al

resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Designar a la firma de auditoría «Deloitte» para que lleve a cabo las labores de auditoría.

3.º Devolver el expediente al Registro Mercantil de Ibiza 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 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 6 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 6 de junio de 2017 (5)

En el expediente 83/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Arquidoms XXI, S.L.».

HECHOS

I

Don…..presentó un escrito de fecha 6 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Tarragona, 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 «Arquidoms XXI S.L.» (titular del 33,33 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 10 de marzo en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo número CU00068325047, sin formular oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El registrador mercantil de Tarragona, don Juan Enrique Ballester Colomer, dictó resolución en fecha 4 de abril de 2017 por la que resolvió la procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minorista, 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 18 de mayo se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de la misma fecha suscrito por don ….., en nombre y representación de la mercantil en virtud de un poder general para pleitos otorgado por los administradores mancomunados nombrados por tiempo indefinido en la propia escritura fundacional de la sociedad el 29 de enero de 2010 ante don Joaquín Ochoa de Olza Vidal, Notario de Reus.

IV

En dicho escrito don……, apoderado de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 4 de abril, en base al siguiente argumento: «el solicitante, Sr ….., es uno de los administradores de la mercantil, por lo que lógicamente significa que el mismo tiene pleno y libre acceso al domicilio social, es conocedor de las decisiones y directrices que se adoptan para el correcto funcionamiento y viabilidad de la sociedad, y que tiene también a su disposición toda la documentación contable, bancaria y financiera de la empresa.» Por tanto, concluye que «la solicitud está formulada en condición de socio cuando en realidad estamos hablando de un miembro del órgano de administración omitiendo tal dato en la solicitud».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 el fundamento anteriormente expuesto carece de virtualidad para enervar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Efectivamente no puede sostenerse la conclusión que se sigue por la sociedad de la circunstancia anterior de que, como administrador mancomunado, el socio conocía y estaba encargado de configurar el contenido de la contabilidad social.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado 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 tam-

bién 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, en situación de haberla obtenido.

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, 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras).

Como resulta del escrito de recurso en el supuesto de hecho que da lugar a la presente, el socio solicitante ha sido efectivamente administrador mancomunado de la sociedad durante el ejercicio cuya contabilidad solicitar auditar. Ahora bien, en tal supuesto, es doctrina de esta Dirección General que el socio no pierde el derecho a solicitar la auditoría en los términos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital si a pesar de haber ostentado facultades de gestión social durante el ejercicio, las ha desempeñado de forma mancomunada (*vide* resolución de 25 de julio de 2014, entre otras).

2. En la misma línea, no es admisible la pretensión de la sociedad basada en que el socio que ha sido administrador durante el ejercicio tiene conocimiento de la contabilidad social por lo que debe rechazarse su solicitud. No es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales (*vide* 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 (*vide* artículos 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. 4.1 de Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de cuentas).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Tarragona, don Juan Enrique Ballester Colomer, de fecha 4 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 6 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 6 de junio de 2017 (6)

En el expediente 94/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Lloma Talamanca, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 27 de febrero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Eivissa, en el que tuvo su entrada el día 2 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 «Lloma Talamanca S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 9 de marzo en el domicilio social siendo recibido el día 21 del mismo mes por correo certificado con acuse de recibo según se acredita con el correspondiente justificante de correos. De la notificación resulta que «no ha sido acreditada la condición de socio del solicitante» y se le notifica a la socie-

dad la posibilidad de «interponer recurso contra tal solicitud en el plazo de 5 días a contar de la recepción de la presente». Recibida tal comunicación por la sociedad no es formulada oposición en el plazo legalmente previsto por la mencionada mercantil. Posteriormente se presenta escrito de oposición de 28 de abril, siendo denegada el 2 de mayo por extemporaneidad.

III

El registrador mercantil de Eivissa, don Francisco Javier Misas Tomás, dictó resolución en fecha 5 de abril de 2017 por la que estimó la pretensión del socio minorista, a quien se reconoce legitimación por constar de los asientos del Registro que participó en la constitución de la sociedad, procediendo al nombramiento de auditor a Don ….. de acuerdo con el listado de auditores depositado en el Registro Mercantil.

El día 22 de mayo se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de la misma fecha suscrito por don ….., en nombre y representación de la sociedad.

IV

En dicho escrito don ….., interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º En primer lugar indica que ante la advertencia realizada de oficio por parte el Registrador Mercantil de no resultar acreditada la condición de socia de la solicitante en el momento de presentar la instancia, y aún reconociendo su carácter de subsanable, «entendió que no estaba dando ni siquiera trámite a una solicitud defectuosa, ya que el Registrador tenía la obligación de solicitar la subsanación de la solicitud de auditor». Así concluye que «no tiene lógica ni fundamento que la empresa se oponga a una solicitud defectuosa en sí misma.» 2.º En segundo lugar, indica que «además de lo anterior, se aporta documento núm. 1 en el que se acredita que la Sra. ….. no es socia de la Lloma Talamanca S.L., por lo que en ningún caso la Sra. ….. tiene legitimación para que se dé curso a la solicitud de auditor».

Del documento aportado, copia de la escritura pública autorizada por el notario de Madrid don Javier de Lucas y Cadenas en fecha 14 de octubre de 2014, resulta que doña ….., debidamente representada, expone que es dueña de 65 participaciones sociales de la sociedad Lloma Talamanca S.L. (796 a 860), adquiridas en la escritura de constitución y que las vende a distintas personas por precio confesado recibido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Dejando de lado las cuestiones de procedimiento que carecen de virtualidad decisoria en el presente expediente, la única cuestión esencial es la de

determinar si la solicitante de la designación de auditor para la verificación de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio, está debidamente legitimada por reunir el carácter de socio exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, habida cuenta de que la sociedad le niega tal condición.

En lo referente a la negación de la legitimación del solicitante, se ha reiterado por esta Dirección General que es necesario que la sociedad aporte, cuando le niegue legitimación, 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 (resoluciones de 17 de abril, 7 de mayo, 8 de septiembre y 28 de octubre de 2015, 16 de junio de 2016 y 2 de febrero de 2017).

2. En el expediente que provoca la presente, ante el hecho de que la solicitante concurrió a la constitución de la sociedad adquiriendo la condición de socio, la sociedad opone, acreditándolo, que procedió a la enajenación de sus participaciones en escritura pública.

En definitiva, la sociedad ha acreditado (en vía de recurso), la falta de legitimación del solicitante en los términos previstos en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil y en la doctrina de este Centro Directivo.

Como ha reiterado esta Dirección General el supuesto contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital decae cuando no existe interés protegible bien porque el socio ha dejado de serlo (*vide* 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 (*vide* artículo 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013).

De la documentación aportada resulta con claridad que la solicitante no ostenta la condición de socio.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Eivissa, don Francisco Javier Misas Tomás, de fecha 5 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 6 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 7 de junio de 2017 (1)

En el expediente 93/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Postarena, S.L.»

HECHOS

I

Don …..presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Bilbao, 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 «Postarena SL.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

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

1. La falta de legitimación activa del solicitante, quien funda su supuesto derecho en una alegada condición de socio minoritario de la mercantil, concretamente en la tenencia de mil dos (1.002) participaciones laborales que supondrían el 33% del capital social de la citada sociedad limitada laboral. Al ser el solicitante un socio laboral de una sociedad limitada laboral, el régimen de adquisición, disfrute y cese de dicha condición de socio laboral se verá regulado por lo dispuesto en la vigente Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas. El ahora solicitante comunicó al órgano de administración de la mercantil mediante burofax, fechado el 27 y recibido el 29 de septiembre de 2016, su «cese voluntario y unilateral como trabajador de dicha entidad, con fecha efectiva del día 30 de septiembre de 2016», así como la «revocación, con fecha efectiva de 30 de septiembre de 2016, del Poder General conferido a su favor por el Órgano de Administración. Dicha LSLP en su art. 9.1 establece lo siguiente para el caso de extinción de relación laboral del socio trabajador: «En caso de extinción de la relación laboral del socio trabajador, éste habrá de ofrecer la adquisición de sus acciones o participaciones en el plazo de un mes desde la firmeza de la extinción de la relación laboral, conforme a lo dispuesto en el artículo 6, y si nadie ejercita su derecho de adquisición, conservará la cualidad de socio, si bien las acciones o participaciones que no haya transmitido pasarán a ser de la clase general conforme al artículo 5. Existiendo compradores de tales acciones o participaciones sociales, si el socio que, extinguida su relación laboral y requerido notarialmente para ello, no procede, en el plazo de un mes, a formalizar la venta, ésta podrá ser otorgada por el órgano de administración por el valor razonable o, en su caso, el establecido conforme a los criterios de valoración previstos estatutariamente, que se consignará a disposición de aquél, bien judicialmente o bien en la Caja General de Depósitos o en el Banco de España.» El solicitante fue requerido notarialmente por el órgano de administración en legal tiempo y forma a los efectos previstos en dicho art. 9.1 de la LSLP, con lo que perdida la condición de socio laboral tampoco se convierte en socio ordinario por haberse ejercido el derecho de adquisición preferente sobre sus participaciones de clase laboral regulado en dicho texto legal, quedando así

probado que el solicitante perdió la condición de socio laboral de la mercantil «Postarena S.L.L.» el día 30 de septiembre de 2016, siendo la condición alegada de socio laboral y poseedor de participaciones laborales de la mercantil «Postarena S.L.L.» la única justificación que presenta en su solicitud para fundamentarla.

2. Mala fe y abuso de derecho en el ejercicio por parte del socio minoritario del derecho a solicitar de ese Registro Mercantil y el nombramiento de auditor está sometido a las normas de la buena fe recogidas en el art. 7.1 del CC y del 11.1 de la LOPJ.

III

El registrador mercantil de Vizcaya, don Carlos Alonso Olarra dictó resolución de fecha 27 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 23 mayo de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Vizcaya, 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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. Como ha reiterado esta Dirección General, el supuesto contemplado en el artículo 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.* artículo 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013). En el mismo sentido ha declarado esta Dirección General (resoluciones de 17 de noviembre de 1999, 10 de julio de 2008 y 28 de julio de 2014) que el requisito del 5% previsto por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para solicitar en el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio social el nombramiento de auditor debe ostentarse en el momento de solicitar su aplicación. En el caso que nos ocupa se desprende

que el solicitante de la auditoría ha perdido su condición de socio laboral pero no ha dejado de ser titular de las participaciones sociales aun cuando sean de carácter general. Si bien existe en estos casos un derecho de adquisición preferente, no se acredita que la adquisición haya sido realizada, y por tanto que el solicitante de la auditoría no sea titular de las participaciones que le legitiman conforme a la Ley de Sociedades de Capital para ejercitar su derecho de solicitar el nombramiento de un auditor, puesto que este derecho no está vinculado a la titularidad de participaciones de clase laboral sino que es suficiente que sean de carácter general.

2. Respecto a la mala fe del solicitante, 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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Vizcaya, don Carlos Alonso Olarra de fecha 27 de abril 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 7 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 7 de junio de 2017 (2)

En el expediente 95/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Mobiliario Dis Arte, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 4 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 «Mobiliario Dis Arte SL.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando, en esencia: 1. La falta de legitimación del socio basada en la falsedad de la firma, dado que no coincide su identidad con la de otros documentos por él firmados. 2) La solicitud fuera de plazo dado que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el 4 de abril, es decir, pasados los tres meses del ejercicio social. 3) Por no acreditar suficientemente la condición de socio.

III

El registrador mercantil de Valencia, don José Luis Gómez Fabra Gómez dictó resolución de fecha 25 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 22 mayo de 2017, que tuvo entrada el mismo día 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 y añadiendo la falta de motivación de la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Comenzando con la cuestión relativa a la falta de fundamentación de la resolución del registrador, es preciso tener en cuenta que el objeto de este expediente se limita a decidir si concurren o no los requisitos de tiempo y legitimación que exige el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital por lo que, como afirma el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil, sólo cabe oposición en los términos estrictos que delimitan el supuesto.

La resolución impugnada, desestima la oposición de la sociedad precisamente porque, a juicio del registrador, ni se aporta prueba escrita ni se justifica la falta de legitimación del solicitante, la falsedad de su firma y además la fecha de solicitud está dentro del plazo de los tres meses como resulta del acuse de recibo.

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.

Esta doctrina es plenamente congruente con la asentada en la materia por nuestro Tribunal Constitucional que en 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, la resolución escueta a juicio de la recurrente no carece de motivación jurídica ni ha impedido la debida tutela del interesado teniendo expedito el ejercicio de los derechos legalmente reconocidos (Sentencia de 13 de noviembre de 2000).

2. En cuanto a la identidad del firmante de solicitud, como ha reiterado esta Dirección General (*vid.* 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, así lo ha reiterado esta Dirección General desde antiguo (*vid.* 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 sólo 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

3. En cuanto a la insuficiente documentación presentada por el solicitante, como se ha señalado antes, esta Dirección ha reiterado en numerosas ocasiones que el procedimiento de designación de auditor a instancia de la minoría se caracteriza por su falta de rigorismo formal (*vid.* 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 de este procedimiento ni puede dilucidarse dentro del mismo cuestiones que, como la autenticidad de la documentación aportada, no corresponde a esta Administración decidir.

4. La instancia presentada en la Oficina de Correos el 30 de marzo de 2017 no es extemporánea, dado que, siendo la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común supletoria de la regulación contenida en el Reglamento del Registro Mercantil (resolución de 7 de octubre de 2013), en todo lo no previsto en esta regulación específica, cabe presentar las solicitudes bien directamente en el Registro Mercantil bien por vía indirecta en las oficinas de Correos, conforme a lo previsto en el artículo 16.4 b) de la ley Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. No cabe en suma afirmar que la presentación por este medio no se ha producido y que por consiguiente el ejercicio del derecho reconocido al socio en el artículo 265.2 se ha hecho fuera del plazo establecido en la Ley, puesto que el mismo tuvo entrada en correos el 30 de marzo.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia don José Luis Gómez Fabra Gómez dictada con fecha 25 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 7 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 7 de junio de 2017 (3)

En el expediente 96/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cerpase, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 31 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 «Cerpase.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando, en esencia: 1) Ejercicio antisocial y el ánimo de perjudicar a la sociedad, ya que el solicitante es consciente de la situación de liquidación de la sociedad, tal solicitud de nombramiento de auditor fue formulada también con anterioridad en los ejercicios 2012 y 2013. 2) Igualmente la mala fe se pone de manifiesto en cuanto que el socio fue administrador desde su constitución hasta 2001 y apoderado hasta el 2013, siendo conocedor de la situación patrimonial de la sociedad.

III

El registrador mercantil de Valencia, don José Luis Gómez Fabra Gómez dictó resolución de fecha 27 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don……, por escrito de fecha 22 mayo 2017, que tuvo su entrada el 23 mayo 2017 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 cuanto a la mala fe del solicitante 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. Por lo que se refiere a la mala fe, dado el supuesto conocimiento de las cuentas de la mercantil, no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales y el ejercicio de cargos sociales con anterioridad al ejercicio 2016 (*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.* artículos 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 22/2015, de 21 de julio por el que se aprueba la Ley de Auditoría de Cuentas).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia, don José Luis Gómez Fabra Gómez dictada con fecha 27 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 7 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 7 de junio de 2017 (4)

En el expediente 97/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Martagar, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de La Coruña, 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 «Martagar», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando, en esencia: 1. Que la petición no tiene otro objeto que la mala fe consecuencia de las malas relaciones que sostiene con el administrador y sin otro objeto que entorpecer la buena marcha social. 2. La solicitante es conocedora de la situación social dado que en todo momento se ha respetado su derecho de información, añadiendo, además, que ya las cuentas de 2015 fueron auditadas lo que pone manifiesto una vez más la mala fe y el conocimiento efectivo.

III

El registrador mercantil de La Coruña, don Juan Carlos González Nieto, dictó resolución en fecha 10 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 27 de abril de 2017 que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de La Coruña, 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 cuanto a la mala fe del solicitante, 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 Nota-

riado 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 cuanto al supuesto conocimiento de las cuentas de la mercantil, no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales (*vide* 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 (*vide* 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 22/2015, de 21 de julio de la Ley de Auditoría de Cuentas).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de La Coruña don Juan Carlos González Nieto de fecha 10 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 7 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 7 de junio de 2017 (5)

En el expediente 59/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Excavaciones Sánchez Reina, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 28 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Toledo, 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 «Excavaciones Sánchez Reina S.L.» (titular del 25 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 29 de marzo en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 6 de abril, presentado el día 7, alegando, en esencia, la falta de «legitimidad del solicitante, en primer lugar la empresa, ni el órgano de administración, ha recibido comunicación alguna, ni con anterioridad, ni con posterioridad, de la referida donación de participaciones de don …..., a su hija doña …..». Sostiene la mercantil que la «donación es nula por los motivos que se expondrán a continuación, llevo a efecto don ….. a su hija……, por haber sido condenado por sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Talavera de la Reina, de fecha tres de mayo de 2016, a abonar a la empresas Excavaciones Sánchez Reina S.L., la cantidad de 62500 euros, siendo los únicos bienes de os que era titula las participaciones de la empresa, lo que presuntamente podría ser constitutivo de un delito de alzamiento de bienes».

III

La registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López, dictó resolución de fecha 11 de abril de 2017 por la que desestimó la oposición formulada por la sociedad,

dando traslado de tal resolución por correo certificado con acuse de recibo el día 18, advirtiendo que contra la misma procedía recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. El día 5 de mayo se presenta en la Delegación de Servicios de la Junta en Talavera de la Reina escrito de recurso fechado el 5 de abril, fecha anterior a la resolución recurrida, suscrito por don ….y don…., administradores mancomunados de la sociedad.

IV

En dicho escrito don ….. y don……, administradores mancomunados, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 11 de abril, en base a los siguientes argumentos: reitera la falta de legitimidad de la solicitante ya que adquirió el dominio de las participaciones sociales por medio de una donación de su padre que el recurrente considera «que es nula por por lo que se ha solicitado judicialmente la revocación de la misma, por tratarse de un presunto delito de alzamiento de bienes en fraude de acreedores», al haberse realizado con posterioridad a ser condenado a satisfacer a la propia mercantil la cantidad de 62500 euros. Por tanto entiende que «lo único que pretendía era hacer desaparecer de su patrimonio bienes susceptibles de embargo para que los perjudicados en la causa penal no pudieran ser indemnizados.»

De igual modo manifiesta que el donante adquirió las participaciones por sentencia dictada el 20 de julio de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Talavera de la Reina por el que se declara la disolución del matrimonio de doña ….. y don ….., aprobando el convenio regulador en el que se adjudicaba a don ….. tales participaciones sujeta a una condición resolutoria en caso de incumplimiento de otorgar una escritura pública de pignoración de las mismas en garantía del pago de un préstamo hipotecario o por el impago de tres mensualidades del mismo. Por tal motivo consideran los recurrentes que tal condición resolutoria ha tenido lugar debiendo considerarse tales participaciones como integrantes de una comunidad postganancial y por ende la donación adolecía el defecto de la falta de intervención de doña ….. Por último añade que tal transmisión de las participaciones no resulta reflejada en el Libro Registro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 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 art. 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.

2. En el expediente que da lugar a la presente, la sociedad interpone recurso negando la legitimidad de la solicitante alegando el posible ejercicio de una condición resolutoria así como la presunta nulidad de una donación al encubrir un alzamiento de bienes en fraude de acreedores, sin aportar resolución judicial alguna acreditativa de tales extremos.

El alcance de la calificación registral en el presente expediente queda limitada a comprobar la legitimación del solicitante así como la concurrencia de los presupuestos objetivos contenidos en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, cuestiones no controvertidas en el presente.

En cuanto a la falta de notificación de la transmisión de las participaciones a la solicitante debe afirmarse que no puede acogerse la oposición de la sociedad basada en el contenido del libro registro de socios, pues como ha reiterado esta Dirección tal circunstancia por sí sola no puede enervar el derecho del socio minoritario 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 sólo 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.

3. En lo que se refiere al posible ejercicio de la condición resolutoria contenida en el convenio regulador aprobado judicialmente y a la posible nulidad de la escritura de donación por un presunto alzamiento de bienes, debe recordarse que la competencia de esta Administración viene limitada por la legislación mercantil e hipotecaria, 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 sólo 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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López, de fecha 11 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 7 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 12 de junio de 2017 (1)

En el expediente 16/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Imprenta Félix Arilla, S.L.»

HECHOS

I

Doña…… y don…… presentaron un escrito de fecha 27 de enero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, en el que tuvo su entrada el día 1 de febrero inmediato posterior, 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 cada uno de ellos de más del 5% del capital social de «Imprenta Félix Arilla, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que la sociedad había designado auditor voluntario para la verificación de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2016, 2017 y 2018.

III

El registrador mercantil de Zaragoza núm. 1, don Joaquín José Rodríguez Hernández dictó resolución en fecha 16 de febrero de 2017 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 9 de marzo de 2017, que tuvo entrada el día 14 de marzo del mismo año en el Ministerio de Justicia por remisión del Gobierno de Aragón, departamento de desarrollo rural y sostenibilidad en donde tuvo su entrada el día 9 de marzo anterior, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que se justifica el nombramiento anterior de auditor voluntario por la sociedad mediante la carta de encargo de fecha 26 de enero de 2017 así como certificado emitido por la sociedad de auditoría designada del que resulta la realidad del encargo y su aceptación, así como mediante acta notarial de la junta general extraordinaria de fecha 20 de febrero de 2017 de la que resulta la ratificación del nombramiento llevado a cabo por el administrador social. 2.º Que se ha procedido a solicitar la inscripción en el Registro Mercantil de Zaragoza como se justifica con el recibo de la presentación; que no siendo posible la puesta a disposición del socio minoritario o la incorporación al expediente del informe de auditoría, y sin perjuicio de que se llevará a cabo cuando esté realizado, se acompaña copia de la factura emitida por la sociedad auditora designada correspondiente al 50% de los honorarios pactados.

V

Por parte de esta Dirección General, ante las alegaciones formuladas en el escrito de recurso y de conformidad con la previsión del artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se procedió a requerir a la sociedad para que en el curso del plazo de quince días procediera a justificar ante esta Administración bien la inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor bien la aportación al expediente del correspondiente informe de verificación.

La sociedad, mediante escrito que tuvo entrada en el gobierno de Aragón el día 1 de junio de 2017 y en este ministerio el día 7 de junio inmediato posterior, aporta al expediente informe de verificación correspondiente a la sociedad y a su ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2016. El informe está emitido por la firma Q. Global Audit S.L.P. y tiene fecha 26 de mayo de 2017.

Notificada la parte solicitante del requerimiento a que anteriormente se hace referencia, por escrito de fecha 29 de mayo de 2017, se opone al mismo por: Porque no existe hecho nuevo que lo justifique; porque el propio artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, establece que no se tendrán en cuenta documentos que, habiendo podido aportarse, no lo han sido; porque, el citado artículo no faculta al órgano para orientar al recurrente especialmente cuando la actividad de este va dirigida a perjudicar a los socios minoritarios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. 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 art. 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 sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 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».

A falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil.

2. En el expediente que da lugar a la presente, y sin necesidad de entrar en otras cuestiones que exceden de su objeto, resulta que se acompaña al expediente el informe de verificación de cuentas de la sociedad referido al ejercicio respecto del que ejerció su derecho el solicitante. 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. 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 (Fundamento de Derecho segundo *in fine*).

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Zaragoza núm. 1, don Joaquín José Rodríguez Hernández de fecha 16 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 12 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 12 de junio de 2017 (2)

En el expediente 50/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hermanos Álvarez Oros, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 6 de febrero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, en el que tuvo su entrada el día inmediato posterior, en el que solicitó, mediante un extenso argumentario en el que hace referencia a muy diversas cuestiones y, 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 Oros, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad no se opuso a la pretensión del socio.

III

El registrador mercantil de Zaragoza núm. 1, don Joaquín José Rodríguez Hernández dictó resolución en fecha 9 de marzo de 2017 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don….., como administrador solidario de la sociedad, por escrito de fecha 21 de marzo de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Zaragoza, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «Que es cierto que la sociedad no se ha opuesto al nombramiento por entender que se refiere al ejercicio 2016. Que, por el contrario, en relación al nombramiento para el ejercicio 2015 ya se interpuso recurso contra la resolución del registrador mercantil de Zaragoza y ante la Dirección General, que fue desestimado, por lo que se interpuso reclamación previa, también desestimada, y demanda ante el juzgado de lo mercantil núm. 2 de Zaragoza. Que en consecuencia la resolución para la designación de auditor para el ejercicio 2015 no es firme como ordena el artículo 354.4 del Reglamento del Registro Mercantil. Que en consecuencia solicita la anulación del nombramiento de auditor para el ejercicio 2015 puesto que existe un procedimiento judicial en curso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Es evidente que el recurso no puede prosperar. En primer lugar y por lo que se refiere a la solicitud de nombramiento de auditor en relación al ejercicio 2016, porque la sociedad ni se opuso en el trámite procedimentalmente previsto, ni se opone en vía de recurso como resulta de su escrito de alzada y de la exposición que del mismo consta en los hechos.

2. En cuanto a la pretensión de que se anule la designación realizada para el ejercicio 2015 tampoco puede ser estimada.

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 exclusivamente para el ejercicio 2016. 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).

Esta es la situación que se presenta actualmente. La resolución que en su día se dictó por el registrador mercantil y que esta Dirección General confirmó (resolución de 7 de julio de 2016), ha devenido definitiva en vía administrativa de conformidad con el artículo 114.1.a de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Contra la misma se ha interpuesto el oportuno recurso ante la jurisdicción ordinaria por lo que, hasta que recaiga resolución firme ante tal orden jurisdiccional, los asientos practicados en el Registro se presumen exactos y válidos, producen los efectos que les son propios, y no se cancelan sino cuando se inscriba la declaración judicial de inexactitud o invalidez, de conformidad con la previsión del artículo 20 del Código de Comercio.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Zaragoza núm. 1, don Joaquín José Rodríguez Hernández de fecha 9 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 12 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 12 de junio de 2017 (3)

En el expediente 69/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «E&M Propiedades, S.L.»

HECHOS

I

Don…… presentó un escrito de fecha 27 de febrero de 2017, 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 «E&M Propiedades, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la empresa solo tiene dos años de vida y su contabilidad es extremadamente sencilla. 2.º Que durante el ejercicio 2016 se ha acometido una gran inversión, en un local de la esposa del solicitante, que ha devenido en cuantiosas pérdidas para la sociedad dejándola sin recursos económicos. 3.º Que de todo lo anterior resulta que el único afán del socio es hundir la empresa lo que confirma su actuación errática y precipitada en la presentación de iniciativas, lo que confirma que el único interés que persigue es el suyo propio.

III

El registrador mercantil de Valencia núm. 3, don Carlos Javier Orts Calabuig dictó resolución en fecha 13 de marzo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña….., como administradora de la sociedad, por escrito de fecha 26 de abril de 2017, que tuvo entrada el día 8 de mayo en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que recibió la notificación de la resolución del registrador mercantil en fecha 19 de abril. Que no es administradora única sino solidaria. 2.º Que reconociendo el derecho a la auditoría establecido en la Ley de Sociedades de Capital no puede significar que suponga llegar a la disolución y extinción de la empresa. Que no resulta la causa de la solicitud resultando contradictorio que se pretenda auditar una contabilidad que ni siquiera se ha visto por el solicitante. Que todo lo anterior reitera que el único interés del solicitante es ir contra la sociedad con una deslealtad absoluta y en su propio beneficio. 3.º Que en el escrito de oposición ya se adjuntaron numerosos documentos que ponían de manifiesto la existencia de procedimientos judiciales con el solicitante de donde resulta palpable la existencia de mala fe y de interés personales ajenos a la sociedad. Que es absurdo que el registrador, en su resolución, apele a la posible reparación de daños porque cuando esto se produzca la sociedad ya no existirá. Que la sociedad se ofrece a proporcionar testimonio de las actuaciones seguidas en los procedimientos judiciales existentes a fin de proporcionar una visión más objetiva que permita cumplir al Registro con la finalidad de servicio público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 ser estimado pues ninguno de los motivos de impugnación puede enervar el fundamento jurídico de la resolución que constituye su objeto.

En primer lugar, porque 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 y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

2. La representante de la sociedad en realidad no cuestiona que el solicitante es socio de la sociedad, que ostenta el capital necesario y que la solicitud se ha realizado tempestivamente. De acuerdo con el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital la designación de auditor es obligada. Las demás consideraciones que lleva a cabo la sociedad no pueden tener, como queda expuesto, cabida en este expediente pues ni esta Dirección puede invadir competencias que corresponden a los Tribunales de Justicia, ni constituyen su objeto.

3. En relación a los costes de la auditoría, 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 y 12 y 18 de julio, 23 de septiembre y 23 de noviembre de 2016 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.

4. 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, y como más recientes las de 12 de mayo, 4 de julio, 23 de septiembre y 23 de noviembre de 2016).

5. Por lo que se refiere a la posible motivación del solicitante, 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 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). En definitiva, este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente pues ello implicaría invadir cuestiones reservadas al orden jurisdiccional.

6. Por último, la existencia de diversos procedimientos entre las partes no empaña las conclusiones anteriores. Como ha reiterado esta Dirección (resoluciones 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), sólo procede la suspensión del procedimiento cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría, se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social, bien para discutir como ahora se hace si el solicitante es titular de participaciones concretas o bien de un porcentaje sobre un conjunto de ellas. El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida este siendo ejercitada por los Tribunales impide que esta Dirección se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto. Cualquier otra contienda entre las partes no altera la marcha de este expediente sin perjuicio de las consecuencias que, en su caso, se deriven de las resoluciones judiciales que de ellos se deriven.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia núm. 3, don Carlos Javier Orts Calabuig de fecha 13 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 12 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 13 de junio de 2017 (1)

En el expediente 70/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Consultoria i Assessoria Nogues, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 31 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Lérida, 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 «Consultoria i Assessoria Nogues, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que dispone de auditor nombrado desde el 16 de noviembre de 2015.

III

La registradora mercantil de Lérida, doña Carmen Rosich Romeu dictó resolución en fecha 26 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., en su condición de administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 9 de mayo de 2017, que tuvo entrada el día siguiente 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 Que a fin de enervar la solicitud del socio se ha presentado la documentación necesaria para la inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario en la persona de don ….. pues a causa de un conflicto se consideró conveniente a los efectos de las cuentas del ejercicio 2016. 2.º Que los trabajos están muy avanzados y se prevé su entrega en la segunda quincena del mes de junio de 2016. 3.º Que a la luz de lo anterior no procede el nombramiento de otro auditor».

V

Por parte de esta Dirección General, ante las alegaciones formuladas en el escrito de recurso y de conformidad con la previsión del artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se procedió a requerir a la sociedad para que en el curso del plazo de quince días procediera a justificar ante esta Administración bien la inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor bien la aportación al expediente del correspondiente informe de verificación.

La sociedad, mediante escrito que tuvo entrada en el Registro Mercantil el día 1 de junio de 2017 y en este ministerio el día 12 inmediato posterior, aporta al expediente informe de verificación correspondiente a la sociedad y a su ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2016. El informe está emitido por don…… (Roac núm. 17017), y tiene fecha 24 de mayo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Constituye una doctrina reiterada de esta Dirección General (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 art. 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 sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo

279 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.»

A falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil.

2. En el expediente que da lugar a la presente, y sin necesidad de entrar en otras cuestiones que exceden de su objeto, resulta que se acompaña al expediente el informe de verificación de cuentas de la sociedad referido al ejercicio respecto del que ejerció su derecho el solicitante. 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. 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 (Fundamento de Derecho segundo *in fine*).

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Lérida, doña Carmen Rosich Romeu de fecha 26 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 13 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 13 de junio de 2017 (2)

En el expediente 71/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Dulces Tiedra, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 10 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Salamanca, en el que tuvo su entrada el día 28 de marzo 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 «Dulces Tiedra, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad no se opuso a la pretensión de la solicitante.

III

El registrador mercantil de Salamanca, don Valentín Barriga Rincón dictó resolución en fecha 18 de abril de 2017 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña…., en representación de la sociedad, por escrito de fecha 11 de mayo de 2017, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Salamanca, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la empresa no se opone a la auditoría al reunir la interesada los requisitos legales y a pesar de tratarse de una pequeña empresa familiar cuyos únicos trabajadores son los propios socios. 2.º Que se oponen al presupuesto remitido por la sociedad de auditoría designada al tratarse de un trabajo sencillo y básico dada la naturaleza de la empresa; que pueden facilitar otros presupuestos más económicos. 3.º Que solicitan de la Dirección General de los Registros y del Notariado modere el presupuesto presentado, lleve a cabo la designación de nuevos auditores o archive el expediente sin perjuicio de la socia reclamante para el ejercicio de los derechos derivados de la jurisdicción voluntaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 dar lugar a una resolución en el sentido solicitado por 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 otras cuestiones que o bien están atribuidas a otras administraciones o bien, 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 y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

La representación de la sociedad en realidad no cuestiona que la solicitante es socio de la sociedad, que ostenta el capital necesario y que la solicitud se ha realizado tempestivamente. De acuerdo con el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital la designación de auditor es obligada. Las demás consideraciones que lleva a cabo la sociedad no pueden tener, como queda expuesto, cabida en este expediente pues ni esta Dirección puede pronunciarse en cuestiones relativas a los honorarios de los auditores ni tampoco pueden invadir la competencia del registrador mercantil para designar al auditor una vez que adquiere firmeza la pertinencia de su nombramiento (art. 355 del Reglamento del Registro Mercantil).

2. Si la sociedad no acepta el presupuesto presentado por la sociedad de auditoría puede dirigirse a la administración competente o, en su caso, a los Tribunales de Justicia para que conozcan de un asunto que, como queda dicho, escapa de la competencia de esta Administración.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Salamanca, don Valentín Barriga Rincón de fecha 18 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 13 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 13 de junio de 2017 (3)

En el expediente 72/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bioenzimas del Mediterráneo, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 3 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Castellón, 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 «Bioenzimas del Mediterráneo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que las cuentas no han sido confeccionadas ni se encuentran aprobadas por la junta general por lo que no procede designación de auditor.

III

El registrador mercantil de Castellón, don Manuel Alberto Gomis Segarra dictó resolución en fecha 21 de marzo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don….., como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 19 de abril de 2017, que tuvo entrada el día 21 de abril del mismo año en el Registro Mercantil de Castellón, 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 solicitante ostentó el cargo de administrador único por lo que era conocedor de las cuentas sociales obedeciendo su solicitud a una disputa interna con el resto de socios por lo que la utilización del procedimiento es fraudulenta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 pues ninguna de las alegaciones contenidas en el escrito de recurso puede enervar la resolución del registrador mercantil.

En primer lugar, porque la falta de formulación de las cuentas o de su aprobación no impiden el ejercicio por el socio minoritario de su derecho reconocido en el artículo 265.2 del Reglamento del Registro Mercantil. Esta Dirección ha reiterado que 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 (*vide*, por todas, resoluciones de 24 de julio y 24 de octubre de 2014).

2. Tampoco es aceptable el motivo de recurso basado en que el solicitante ha ostentado en el pasado la cualidad de administrador. Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado 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, 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras).

No resultando que el solicitante haya ejercitado el cargo de administrador por todo el ejercicio social en los términos que resultan del apartado anterior solo cabe desestimar el motivo. Es doctrina de esta Dirección General que el socio no pierde el derecho a solicitar la auditoría en los términos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital si a pesar de haber ostentado facultades de gestión social durante el ejercicio, carece de ellas a su término prevaleciendo su derecho individual (*vide* resolución de 25 de julio de 2014, entre otras).

3. Por último, tampoco es aceptable el motivo que hace referencia a la enemistad del solicitante o a la utilización fraudulenta del procedimiento. 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 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Castellón, don Manuel Alberto Gomis Segarra de fecha 21 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 13 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 13 de junio de 2017 (4)

En el expediente 73/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Talleres Gumila, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 21 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Murcia, en el que tuvo su entrada el día 23 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 «Talleres Gumila, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia alegando que la instancia de la solicitante no expresa los motivos o razones que la llevan a solicitar el nombramiento de un auditor cuyo gravoso coste debe ser afrontado por la sociedad, citando el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil como fundamento de la oposición.

III

El registrador mercantil de Murcia núm. 2, don Bartolomé Nieto García dictó resolución en fecha 5 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., como administradora única, por escrito de fecha 9 de mayo de 2017, que tuvo entrada el día 11 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Murcia, interpuso

recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando, resumidamente, lo siguiente: «1.º Que aunque la sociedad cierra ejercicio el día 31 de diciembre no es hasta el día 31 de marzo que formula sus cuentas conforme al artículo 253 de la Ley de Sociedades de Capital, y no es hasta el 30 de junio que se presentan a aprobación conforme a los artículos 164, 166 y 167 de la Ley de Sociedades de Capital. Que la solicitante conoce dichas circunstancias pese a lo cual presentó su solicitud con anterioridad al 31 de marzo por lo que las cuentas no están cerradas. Que de lo anterior resulta su mala fe. 2.º Que corresponde a la solicitante correr con los honorarios del auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Ninguno de los motivos de recurso que resultan del escrito de alzada pueden enervar la resolución del registrador mercantil y provocar su revocación.

Por lo que se refiere a la falta de formulación de las cuentas anuales, 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 (*vide*, por todas, resoluciones de 24 de julio y 24 de octubre de 2014).

2. De lo anterior deduce el escrito de recurso que, conocedora la recurrente de dicha circunstancia, se deduce su mala fe. Con independencia de que el hecho del conocimiento de la situación fáctica por parte de la solicitante, no es sino una afirmación de parte, lo cierto es que es una circunstancia irrelevante a los efectos de la presente. 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 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 imposi-

ble 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

3. Finalmente, la afirmación de que el coste de la auditoría debe ser soportado por la solicitante es inadmisible. 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 y 12 y 18 de julio, 23 de septiembre y 23 de noviembre de 2016 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 o 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 cuyos honorarios deben ser satisfechos por la sociedad obligada.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Murcia núm. 2, don Bartolomé Nieto García de fecha 5 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 13 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 13 de junio de 2017 (5)

En el expediente 75/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Atención al Mayor, S.L.»

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 27 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, 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 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 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que no existe requerimiento de información por la socia relativo al ejercicio 2016. Que está convocada junta general extraordinaria para el día 18 de abril de 2017 en cuyo orden del día se contempla la entrega a la solicitante de las cuentas del ejercicio 2016 con determinadas aclaraciones llevadas a cabo por un experto contable en relación a ejercicios anteriores. 2.º Que los abogados de las partes ya están en conversaciones en relación a este asunto, por lo que resulta innecesaria la designación de auditor.

III

El registrador mercantil de Valencia núm. 1, don Rodolfo Bada Mañó dictó resolución en fecha 11 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., como administrador único de la sociedad, por escrito dirigido a la Dirección General de los Registros y del Notariado, 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 que amplía en el siguiente sentido: «1.º Que el derecho de información se encuentra regulado en el artículo 196 de la Ley de Sociedades de Capital. Que la sociedad no esperó a la convocatoria de junta ordinaria, sino que convocó extraordinaria para facilitar a la socia toda la información y haciéndole entrega de las cuentas de 2016 junto a determinadas aclaraciones realizadas por los expertos contables contratados por la solicitante a quienes se ha atendido durante todo el ejercicio aportándoles la información solicitada. Que incluso se fijó la fecha del 20 de mayo para que bien la socia o sus representantes manifestaran lo que tuvieren por conveniente sobre la documentación. 2.º Que la

socia, como queda dicho, cuenta con toda la información, que se trata de una revancha personal que pone de relieve su mala fe y el abuso de derecho de una situación que no hace sino duplicar el trabajo y el coste de lo llevado a cabo sin sentido ni justificación».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Ninguno de los distintos motivos de alzada incorporados al escrito de recurso pueden ser aceptados por esta Dirección prevaleciendo la resolución del registrador mercantil.

En primer lugar, porque el escrito de recurso confunde el objeto de este procedimiento y la naturaleza de los distintos derechos que al socio minoritario corresponden. No es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales o a un previo ofrecimiento de información al respecto por parte de la sociedad o, incluso, a la previa entrega al socio del conjunto documental de las cuentas del ejercicio cerrado (*vide* 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 (*vide* artículos 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. 4.1 de Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de cuentas).

Resulta, en consecuencia, irrelevante a los efectos de la presente si la sociedad ha puesto las cuentas anuales a disposición de la socia solicitante, si

ha existido un informe pericial de parte sobre las mismas (siempre que no sea un informe de verificación de cuentas), o que se estén desarrollando conversaciones entre las partes o sus abogados. Ninguna de dichas circunstancias empaña el hecho, no negado por la sociedad, de que la solicitante reúne los requisitos contemplados en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para que proceda la designación de un auditor de cuentas.

2. Tampoco es aceptable la afirmación de parte de que la solicitante ejerce su derecho de mala fe. 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 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

3. La afirmación, que contiene el escrito de recurso, de que los costes asociados a la verificación contable son innecesarios, tampoco es relevante a los efectos de la presente. Es doctrina de esta Dirección que, de acuerdo a la letra de la Ley, 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 y 12 y 18 de julio, 23 de septiembre y 23 de noviembre de 2016 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia núm. 1, don Rodolfo Bada Mañó de fecha 11 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 13 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 13 de junio de 2017 (6)

En el expediente 77/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Inmobiliaria Gilber, S.A.»

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 27 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, en el que tuvo su entrada el día 29 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 «Inmobiliaria Gilber, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

La solicitante justifica su legitimación aportando:

a) Testimonio parcial de fecha 6 de junio de 1995 autorizado por el notario de Zaragoza don Honorio Romero Herrero del libro de actas de la sociedad debidamente legalizado. El testimonio se refiere al acta de la junta general y extraordinaria de fecha 15 de diciembre de 1977 en la que la señora solicitante, en aumento de capital, suscribió dos mil acciones (números 8001 al 10000, ambos inclusive).

b) Copia simple parcial de la escritura autorizada en Zaragoza el día 28 de diciembre de 1995 por su notario don José Enrique Cortés Valdés en la que se adjudican a la solicitante 770 acciones nominativas de la sociedad (números 19251 al 20020, ambos incluidos).

c) Copia de un acta de junta de la sociedad de fecha 10 de noviembre de 2009 en la que consta la comparecencia de determinado señor en representación de la solicitante como titular ésta de 1385 acciones que representan un 5,0919% de la sociedad.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que la sociedad ha depositado sus cuentas anuales regularmente, así como ha llevado a cabo las convocatorias de junta general ordinarias rindiendo cuentas de cuanto han solicitado los socios. Que la convocatoria de las juntas se ha llevado a cabo con escrupuloso respeto a las exigencias legales de información por lo que si la solicitante afirma que carece de información es porque no le ha interesado. Que la solicitante ha podido expresar su oposición a la gestión social en todo momento. Que no resulta coherente la petición con su conducta de absentismo pues ni ha acudido a las juntas convocadas ni ha delegado su asistencia. Que su petición provoca un grave perjuicio económico a la compañía que se encuentra en pérdidas. Que la solicitud es extemporánea.

III

El registrador mercantil de Zaragoza núm. 1, don Joaquín Rodríguez Hernández dictó resolución en fecha 17 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don….., como administrador único, por escrito de fecha 4 de mayo de 2017, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Zaragoza, 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 legitimación la solicitante son: a) una fotocopia de un testimonio notarial del año 1995 que recoge una junta general extraordinaria; b) una fotocopia de lo que parece un documento notarial en la que se le adjudican por herencia determinadas acciones nominativas; c) fotocopia de un acta de reunión de junta general en la que la socia comparece representada, pero sin que resulte apoderamiento alguno. Que la documentación aportada carece de publicidad y oponibilidad a terceros pues carecen de la firma del secretario y del visto bueno del presidente no siendo válido en ningún caso. Que la documentación es de dudable veracidad por lo que existiendo documentación mercantil que de forma irrefutable acreditan la titularidad de acciones nominativas, no debe aceptarse la legitimación activa de la solicitante».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 pues el único motivo alegado en el escrito de alzada (que no reitera los de oposición que fueron rechazados por la resolución del registrador mercantil), carecen de virtualidad para que esta

Dirección revoque su decisión. Ante el fracaso de la oposición, el recurrente limita su argumentación a poner en duda que de la documentación aportada por la solicitante resulte su condición de socia. Sin llegar a afirmar la falsedad de la documentación, se limita a plantear dudas sobre su veracidad u oponibilidad.

Esta Dirección no puede apoyar tal argumentación.

2. Esta Dirección General 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 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 (*vide* resoluciones de 11 de marzo, 30 de julio, 12 de septiembre de 2014 y 11 de marzo de 2015 entre otras muchas).

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por la solicitante un principio de prueba: los testimonios y copias a que se refieren los hechos, sin que la sociedad, por su parte, haya aportado prueba alguna demostrativa de que hubiera perdido su condición de socio que en ningún momento niega. Las alegaciones del recurrente intentan trasladar al peticionario de la auditoría la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni reglamentariamente, olvidando que ésta ya ha demostrado, al menos, que fue socia y, bajo su responsabilidad, que sigue siéndolo en la actualidad. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar, y no lo ha hecho, que el accionista ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que está legitimada para solicitar la auditoría.

3. Resulta inadmisible que la administración de la sociedad a quien corresponde legalmente la obligación de llevar el libro de socios (arts. 104 y 105 de la Ley de Sociedades de Capital), conforme al cual se reconoce el ejercicio de los derechos del socio, se llevan a cabo las convocatorias de junta general, en su caso (*vide* artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital), y se forma la lista de asistentes (art. 192 de la propia Ley), pretenda introducir dudas sobre una legitimación que no niega pero que exige que se acredite con una documentación cualificada. Es el órgano de administración quien está en condiciones de certificar y, en su caso, acreditar que la solicitante carece del porcentaje necesario para acogerse a la regulación del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. No siendo así, procede confirmar la decisión del registrador mercantil.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Zaragoza núm. 1, don Joaquín Rodríguez Hernández de fecha 17 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 13 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 14 de junio de 2017 (1)

En el expediente 45/2017 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Promotora Industrial Sadense S.A.».

HECHOS

I

Por el Registro Mercantil de La Coruña se eleva expediente a esta Dirección General de los Registros y del Notariado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 356 del Reglamento de Registro Mercantil.

II

Formando parte del expediente remitido, del oficio del registrador mercantil de La Coruña, don Juan Carlos González Nieto, resulta:

1.º Con fecha 30 de marzo de 2017 y bajo el asiento 37 del Diario 93, Don ….., presentó solicitud de nombramiento de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, para verificar las cuentas anules del ejercicio 2016 de la sociedad «Promotora Industrial Sadense S.A.».

2.º Abierto el oportuno expediente fue objeto de traslado a la sociedad en cumplimiento de lo previsto en el artículo 354 del Reglamento de Registro Mercantil.

3.º Con fecha 10 de abril la sociedad citada presenta escrito –que se adjunta con la remisión del expediente– solicitando se inicie el procedimiento de excepción recogido en el artículo 356 del Reglamento de Registro Mercantil.

4.º De las últimas cuentas depositadas, correspondientes al ejercicio 2014, resulta que la cuenta de pérdidas y ganancias ha sido formulada en modelo pymes –se adjunta la misma–.

5.º Finalmente, señala el registrador en su oficio de remisión que de lo expuesto en el escrito de la sociedad no se aprecia la concurrencia de circunstancias especiales, y que tampoco la sociedad está legalmente obligada a formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados.

III

Por medio de su Consejero Delegado, don ….., y con fecha 10 de abril del corriente año, la sociedad citada presenta escrito de igual fecha –a que se refiere el punto 3.º del hecho anterior– en el que, si bien se muestra conforme en principio con la solicitud de don ….., no obstante, manifiesta la existencia de circunstancias especiales que justificarían la utilización del mecanismo de excepción en el nombramiento de auditor del artículo 356 RRM, y «aconsejan el nombramiento de un auditor de indudable solvencia técnica y profesional», proponiendo a diversas firmas auditoras que tiene por conveniente.

Las circunstancias especiales que a criterio de la sociedad concurren en este caso serían, en esencia, las siguientes:

1.ª Formar parte la sociedad de un grupo de sociedades que lleva el mismo nombre, con una facturación anual aproximada de 9.000.000 euros, de los cuales 2.900.000 euros corresponden a la propia sociedad.

2.ª Que desde la fecha en que fue constituida la sociedad, las cuentas anuales de la misma nunca fueron auditadas, por lo que esta primera auditoría requerirá un grado muy alto de dedicación y precisión.

3.ª Que el solicitante del nombramiento de auditor, don ….. y la sociedad se encuentran actualmente inmersos en un importante conflicto que ya ha sido judicializado.

IV

El registrador mercantil de La Coruña, don Juan Carlos González Nieto, por medio de oficio de fecha 24 de abril de 2017 eleva el expediente a esta Dirección General de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 356 del Reglamento de Registro Mercantil, y con el contenido antes expresado.

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.

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 sólo 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 la sociedad en fase de alegaciones a la petición del socio de nombramiento de auditor al amparo del artículo 265.2 TRLSC, y en los términos que el mismo se expresa, así como del contenido del escrito de remisión del Registro Mercantil de La Coruña, no se aprecia que lo alegado por la sociedad como circunstancias especiales –*vid.* apartado III de los hechos– sean tales que justifiquen 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 La Coruña proceda al nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad «Promotora Industrial Sadense S.A.» 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 14 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 14 de junio de 2017 (2)

En el expediente 46/2017 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Depuradora de Mariscos de Lorbé S.A.».

HECHOS

I

Por el Registro Mercantil de La Coruña se eleva expediente a esta Dirección General de los Registros y del Notariado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 356 del Reglamento de Registro Mercantil.

II

Formando parte del expediente remitido, del oficio del registrador mercantil de La Coruña, don Juan Carlos González Nieto, resulta:

1.º Con fecha 30 de marzo de 2017 y bajo el asiento 36 del Diario 93, Don ….., presentó solicitud de nombramiento de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, para verificar las cuentas anules del ejercicio 2016 de la sociedad «Depuradora de Mariscos de Lorbé S.A.».

2.º Abierto el oportuno expediente fue objeto de traslado a la sociedad en cumplimiento de lo previsto en el artículo 354 del Reglamento de Registro Mercantil.

3.º Con fecha 10 de abril la sociedad citada presenta escrito –que se adjunta con la remisión del expediente– solicitando se inicie el procedimiento de excepción recogido en el artículo 356 del Reglamento de Registro Mercantil.

4.º De las últimas cuentas depositadas, correspondientes al ejercicio 2014, resulta que la cuenta de pérdidas y ganancias ha sido formulada en modelo pymes –se adjunta la misma–.

5.º Finalmente, señala el registrador en su oficio de remisión que de lo expuesto en el escrito de la sociedad no se aprecia la concurrencia de circunstancias especiales, y que tampoco la sociedad está legalmente obligada a formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados.

III

Por medio de su Consejero Delegado, don…., y con fecha 10 de abril del corriente año, la sociedad citada presenta escrito de igual fecha –a que se refiere el punto 3.º del hecho anterior– en el que, si bien se muestra conforme en principio con la solicitud de don……, no obstante, manifiesta la existencia de circunstancias especiales que justificarían la utilización del mecanismo de excepción en el nombramiento de auditor del artículo 356 RRM, y «aconsejan el nombramiento de un auditor de indudable solvencia técnica y profesional», proponiendo a diversas firmas auditoras que tiene por conveniente.

Las circunstancias especiales que a criterio de la sociedad concurren en este caso serían, en esencia, las siguientes:

1.ª Formar parte la sociedad de un grupo de sociedades con una facturación anual aproximada de 9.000.000 euros, de los cuales 1.500.000 euros corresponden a la propia sociedad.

2.ª Que desde la fecha en que fue constituida la sociedad, las cuentas anuales de la misma nunca fueron auditadas, por lo que esta primera auditoría requerirá un grado muy alto de dedicación y precisión.

3.ª Que el solicitante del nombramiento de auditor, don …..y la sociedad se encuentran actualmente inmersos en un importante conflicto que ya ha sido judicializado.

IV

El registrador mercantil de La Coruña, don Juan Carlos González Nieto, por medio de oficio de fecha 24 de abril de 2017 eleva el expediente a esta Dirección General de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 356 del Reglamento de Registro Mercantil, y con el contenido antes expresado.

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.

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 sólo 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 la sociedad en fase de alegaciones a la petición del socio de nombramiento de auditor al amparo del artículo 265.2 TRLSC, y en los términos que el mismo se expresa, así como del contenido del escrito de remisión del Registro Mercantil de La Coruña, no se aprecia que lo alegado por la sociedad como circunstancias especiales –vid apartado III de los hechos– sean tales que justifiquen 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 La Coruña proceda al nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad «Depuradora de Mariscos de Lorbé S.A.» 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 14 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 14 de junio de 2017 (3)

En el expediente 76/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Bufete Rodríguez Segura, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 6 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 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 «Bufete Rodríguez Segura, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que no han transcurrido los tres meses para la formulación de las cuentas. 2.º Que la actuación de la solicitante al abandonar el despacho profesional ha provocado la apertura de autos ante el juzgado de instrucción 46 de Madrid. Que su contra denuncia ha sido archivada como consta en la documentación que se acompaña. 3.º Que desde su abandono físico de la sociedad para llevar a cabo acciones de competencia desleal no ha comparecido a las juntas haciendo dejación de su derecho. 4.º Que la socia sólo pretende hacerse con información del fondo de comercio para llevar a cabo su competencia desleal lo que implica un fraude de Ley. 5.º Que la sociedad está saliendo de las pérdidas derivadas de su nefasta gestión.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 7, don Celestino Pardo Núñez dictó resolución en fecha 23 de marzo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., como administrador único, por escrito de fecha 3 de mayo de 2017, que tuvo entrada el día inmediato posterior 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, los siguientes: «1.º Que revisadas las cuentas sociales y las aportaciones resulta que fue el recurrente quien llevó a cabo en su día las aportaciones de donde resulta que, descubierto el error, la solicitante no estaría legitimada pues carece de capacidad de socio al no haber nunca realizado las aportaciones. 2.º Que, como consecuencia de los actos que han derivado en una querella criminal, la sociedad va a someter a la junta general la exclusión de la socia solicitante. 3.º Que la resolución del registrador mercantil causa indefensión a la sociedad cuyos intereses no han sido en absoluto valorados.»

V

Mediante escrito de 31 de mayo de 2017 que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el mismo día, la solicitante lleva a cabo las siguientes alegaciones: «1.º Que el recurrente no dice la verdad pues los dos procedimientos penales existentes, uno a su instancia y otro a instancia de la solicitante, han sido sobreseídos y ambos están recurridos. 2.º Que el recurrente no presenta argumento jurídico alguno para rechazar la designación de auditor. 3.º Que entiende la solicitante que la sociedad carece de documentación contable».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Ninguno de los motivos de alzada contenidos en el escrito de recurso pueden llevar a esta Dirección a revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid.

En primer lugar, porque el hecho de que las cuentas no estén formuladas al tiempo de la oposición o aprobadas al tiempo de interposición del recurso, no puede ser tomado en consideración. 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 (*vide*, por todas, resoluciones de 24 de julio y 24 de octubre de 2014).

2. Igual destino desestimatorio tiene la alegación relativa a que la sociedad ha interpuesto querella a consecuencia de la presunta comisión de delito relativo al comportamiento de la solicitante al abandonar físicamente la sociedad. Como tiene declarado esta Dirección General dicha circunstancia no constituye causa de oposición por tratarse de una cuestión que no tiene por objeto resolver sobre la titularidad de las participaciones que han servido para fundar la legitimación del socio, no quedando, en consecuencia desvirtuado su derecho al nombramiento registral de auditor puesto que la litispendencia sólo tiene eficacia suspensiva cuando afecta a la propia legitimación del solicitante (en este sentido se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de fechas 11 de mayo de 2006, 9 de julio de 2008 y 27 de febrero de 2009, 11 de marzo y 13 de mayo de 2014, entre otras).

En este mismo sentido y en relación a las afirmaciones que achacan a la solicitante conductas que pudieran constituir competencia desleal, no pueden ser dilucidadas en este procedimiento pues, su limitado ámbito de conocimiento lo impide, sin perjuicio del derecho que asiste a la sociedad para adoptar los acuerdos que considere oportunos sobre su permanencia en la compañía o para el ejercicio de las acciones que considere convenientes (resoluciones de 8 de julio de 2013 y 11 de marzo de 2014).

El mismo destino corresponde a las afirmaciones que achacan a la solicitante dejación de sus derechos como socia. Dejando de lado que son afirmaciones de parte, resulta del todo irrelevante para el ejercicio del derecho contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital si la socia ha ejercido o no otros derechos individuales que, como titular de participaciones sociales, le pertenecen; derechos cuyo ejercicio, es del todo voluntario por otra parte.

3. Tampoco pueden ser apreciadas las afirmaciones relativas a la posible existencia de un fraude de ley en la utilización del procedimiento. 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 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 de la 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

4. Es irrelevante, a los efectos de este expediente, cual sea la situación económica de la sociedad, las causas a que pueda deberse tal situación e incluso la persona a quien pueda resultar imputable dicha circunstancia. 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 y 12 y 18 de julio, 23 de septiembre y 23 de noviembre de 2016 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.

5. Lo único relevante es que la sociedad, en fase de oposición, no niega que la solicitante es socia y que reúne los requisitos mínimos de capital por lo que no cabe sino estimar la existencia de su derecho y proceder a la designación de auditor tal y como resulta del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Ahora, en fase de recurso, el administrador de la sociedad afirma que en realidad la posición de la solicitante es meramente formal porque su aportación al capital en el momento de la suscripción fue realizada por él mismo.

Esta Dirección General no puede respaldar semejante afirmación de parte. Es preciso reiterar que 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 y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

De conformidad con el artículo 20 del Código de Comercio el contenido del Registro Mercantil se presume exacto y válido y se encuentra bajo la salvaguardia judicial en tanto no conste la inscripción de la resolución judicial que declare lo contrario. No resultando dicha circunstancia en el expediente que nos ocupa no procede sino desestimar el motivo de recurso.

6. La sociedad afirma que, como consecuencia de la conducta de la socia solicitante, se va a proponer a la junta la exclusión de la misma de conformidad con las previsiones de la Ley de Sociedades de Capital. Con independencia de que se llegue o no a un resultado semejante (*vide* artículos 350 y 352 de la Ley de Sociedades de Capital), lo cierto es que, al tiempo de la presente, y como resulta del propio escrito de recurso, la socia solicitante mantiene vigente su situación jurídica por lo que, procede reconocer el derecho contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Si en el futuro la socia, por cualquier causa, dejare de serlo y su interés decayere, ciertamente procedería la revisión de una situación que la Ley formula en virtud de un interés protegible vigente. Y es que como ha reiterado esta Dirección General, el supuesto contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital decae cuando no existe interés protegible bien porque el socio ha dejado de serlo (*vide* resoluciones de 16 de septiembre de 2009, 30 de abril de 2012 y 24 de septiembre de 2015), 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 (*vide* artículo 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013).

7. Por último, debe rechazarse la protesta de indefensión que contiene el escrito de recurso pues el procedimiento se ha llevado a cabo de acuerdo a las previsiones normativas y la sociedad ha tenido la oportunidad material de hacer las alegaciones que ha tenido por conveniente. El escrito de recurso se limita a afirmar que concurriría causa de nulidad de actuaciones procedimentales de haberse realizado alegaciones por parte de la solicitante. Lo relevante es que el destinatario de las notificaciones, la sociedad, ha conocido el hecho de la solicitud y de la resolución del registrador mercantil sobre designación de auditor y que esta circunstancia no le ha cerrado la posibilidad de ejercitar su derecho de recurso, como se ha hecho constar, constituyendo el objeto de

la presente; no cabe consecuentemente ni apreciación de causa de nulidad ni de indefensión. La sociedad ha conocido la existencia de la solicitud y ha tenido ocasión de dirigirse a esta Dirección General para alegar lo que ha tenido por conveniente a los efectos de señalar cuales son los motivos por los que a su juicio no procede la designación de auditor a instancia de la minoría. En definitiva, no cabe apreciar causa alguna de nulidad pues la sociedad ha tenido oportunidad de alegar lo que ha estimado conveniente en defensa de su derecho, desvirtuando el principio de prueba en el que el solicitante fundó su legitimación (*vide* al respecto resoluciones de 25 de junio y 10 de octubre de 2010 y 24 de junio de 2014).

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 el supuesto de hecho que ha dado lugar a la presente, la sociedad cuyas cuentas deben ser auditadas ha tenido conocimiento de la existencia del procedimiento de nombramiento de auditor, ha ejercido su derecho de oposición y ha presentado escrito de recurso ante el Registro Mercantil con alzada ante esta Dirección. La sociedad recurrente no puede pretender la declaración de nulidad de unas actuaciones de cuya existencia tuvo conocimiento y en las que ha tenido la oportunidad de llevar a cabo las alegaciones que ha estimado oportunas en defensa de su posición jurídica.

Si en la tramitación del expediente se ha notificado a la sociedad que las cuentas correspondientes al ejercicio 2015 (ejercicio distinto al que constituye objeto del procedimiento), no estaban depositadas cuando si lo estaban, es del todo irrelevante pues no modifica la posición jurídica de las partes ni afecta en modo alguno al ejercicio de sus derechos.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 7, don Celestino Pardo Núñez de fecha 23 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 14 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 14 de junio de 2017 (4)

En el expediente 79/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «La Rumba Tarumba, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….., administrador único de la sociedad Nibra Inversiones S.L., presentaron un escrito de fecha 24 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitaron, al amparo del artículo 40 del Código de Comercio y como socios de la entidad «La Rumba Tarumba, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2014 y 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitud es una extralimitación de los solicitantes que sólo tiene por objeto entorpecer el normal desenvolvimiento de la sociedad como demuestra que las cuentas del ejercicio 2014 fueron aprobadas por unanimidad en junta universal y que las de 2015, a las que asistió don ….., fueron objeto de solicitud de información debidamente cumplimentado por la sociedad. 2.º Que también se ha solicitado al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital auditor para el ejercicio 2016 lo que redunda en la extralimitación y abuso de la solicitud. 3.º Que los solicitantes no han ofrecido aportar los fondos necesarios para el pago de los honorarios del auditor como exige el artículo 40 del Código de Comercio.

III

El registrador mercantil núm. 8 de Madrid, don Luis María Stampa Piñeiro dictó resolución en fecha 11 de abril de 2017 por la que acordó no proceder al nombramiento del

auditor solicitado por resultar del archivo que las cuentas correspondientes a los ejercicios 2014 y 2015 de la sociedad fueron aprobadas por unanimidad en sendas juntas universales de fechas 30 de junio de 2015 y 30 de junio de 2016, por lo que de conformidad con el artículo 20 del Código de Comercio y artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil, presumiéndose exacto el contenido del Registro los solicitantes no pueden ir contra sus propios actos.

IV

Los solicitantes, por escrito de fecha 16 de mayo de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, exclusivamente contra la denegación correspondiente al ejercicio 2015 y, en base a los siguientes motivos: «1.º Que la propia sociedad admite en su escrito de oposición que respecto del ejercicio 2015 sólo acudió a la junta el señor Caballeria; que esta es la clave de la cuestión pues existieron dos juntas, una que no existió de 30 de junio y otra existente de 12 de diciembre de 2016 como resulta de la copia del acta notarial que se adjuntó a la solicitud. Que de lo anterior resulta ser de justicia la necesidad de que un auditor verifique las cuentas correspondientes a dicho ejercicio. 2.º Que de lo anterior resulta evidente que la parte solicitante no votó a favor de las cuentas de 2015 como reconoce el representante en su escrito de oposición al afirmar que no compareció el representante de Nibra Inversiones S.L. Además, el señor Caballeria votó en contra de dichos actos como resulta del acta aportada. 3.º Que lo anterior resulta de la existencia de dos juntas contradictorias, una existente y otra no, que los recurrentes se disponen a impugnar. Que conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (resolución de 3 de abril de 2017), el registrador no tiene porqué aceptar la declaración de validez de constitución de la junta cuando resulte patente que la afirmación del presidente al respecto no puede mantenerse. Que en base a dicha doctrina el registrador no puede desconocer la existencia del acta notarial de 12 de diciembre de 2016 de la que además resulta que se sujetaron a aprobación las cuentas del ejercicio 2015 lo que hace evidente también la contradicción del contenido del Registro. 4.º Que la certificación relativa a la junta de 30 de junio de 2016 depositada en el Registro Mercantil, firmada por dos administradores solidarios, uno de ellos el firmante de la oposición, sirvió de base al depósito de las cuentas, pero en la misma ni resultó la lista de asistentes ni sus nombres. Que es evidente que en contra de lo que resulta de dicha certificación la junta no fue universal pues uno de los recurrentes no asistió mientras que sí que existió la junta de 12 de diciembre de 2016 como resulta del acta notarial. 5.º Que se procederá a impugnar judicialmente la junta de 30 de junio de 2016 por entender necesaria la declaración de inexactitud judicial pues mientras tanto el registrador está vinculado por el contenido del Registro. Sin embargo, lo anterior no empece para que el señor registrador deba reconocer la situación contradictoria que ha sido expresamente reconocida por la sociedad.

V

Por escrito de fecha 29 de mayo de 2017 con entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 1 de junio posterior, la representación de la sociedad lleva a cabo las siguientes alegaciones: «Que en relación a las cuentas de 2015 los recurrentes omiten en su escrito que fueron aprobadas por unanimidad en la junta de 30 de junio de 2016 pero que ante la negativa a firmar el acta los recurrentes se negaron por lo que el órgano de administración convocó una nueva junta, la de 12 de diciembre de 2016, en la que se presentaron a aprobación

las mismas cuentas que en junio que se encuentran depositadas en el Registro Mercantil. Que este extremo es fácilmente acreditable por la simple comparación entre ambas lo que pone de manifiesto que la intención de los solicitantes es intentar una imagen de irregularidad donde no la hay.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 40 del Código de Comercio y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Circunscrito el objeto de este expediente a la solicitud de designación de auditor para la verificación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015, el recurso no puede prosperar.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (*vid.*, por todas, Resoluciones es sede de recursos contra las calificaciones negativas de los registradores, de 10 y 11 de noviembre de 1999, 18 de octubre de 2007, 18 de enero y 26 de octubre de 2012, 18 de enero de 2013, 10, 11 y 17 de febrero, 13 de marzo, 19 de mayo, 1 de agosto, 26 de septiembre, 14 de octubre, 24 de noviembre y 17 de diciembre de 2014, 19 de enero, 27 de junio, 2 de julio y 13 de septiembre de 2015 y 28 de enero y 19 de septiembre de 2016, entre otras) que los asientos ya practicados no pueden ser cuestionados en vía de recurso. Tal doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido de los artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), afirma que el objeto del expediente de recurso consiste exclusivamente en determinar si la resolución del registrador es conforme a Derecho, pero no cuestionar el contenido del Registro.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el párrafo tercero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que sólo dichos tribunales pueden declarar la nulidad de un asiento. Y no sólo ello es así, sino que, además, debe ser en procedimiento dirigido contra todos aquellos a quienes tal asiento conceda algún derecho (art. 40 *«in fine»* de la Ley Hipotecaria). En el mismo sentido, el artículo 7.1 del Reglamento del Registro Mercantil, en concordancia con el artículo 20.1 del Código de Comercio, dispone que «el contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad».

En este sentido este Centro Directivo ha declarado con anterioridad (*cfr.* Resoluciones citadas anteriormente, entre muchas otras) que el recurso contra la calificación registral es el cauce legalmente arbitrado para impugnar la negativa de los registradores a practicar, en todo o parte, el asiento

solicitado (*cfr.* artículos 66 y 324 de la Ley Hipotecaria) y tiene por objeto, exclusivamente, determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o nulidad del título ya inscrito, ni de la procedencia o improcedencia de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales, cualquiera que sea la clase de éste, cuestiones todas ellas reservadas, a falta de acuerdo social en contrario, al conocimiento de los tribunales. De aceptar lo contrario esta Dirección General estaría asumiendo unas competencias constitucionalmente reservadas a los tribunales de Justicia.

2. Las afirmaciones de contrario de los recurrentes no pueden desvirtuar la doctrina expuesta. En primer lugar, porque frente a la afirmación de que hubo dos juntas, una existente y la otra no, prevalece el contenido del Registro que se presume exacto y válido y que declara terminantemente que hubo una junta y que en la misma se aprobaron las cuentas del ejercicio 2015 en los términos expuestos por la resolución del registrador mercantil.

Tampoco puede prevalecer frente a dicho pronunciamiento la afirmación de que el contenido del Registro Mercantil es inexacto pues a falta de un título por el que se lleve a cabo la modificación del mismo, rige el principio de legitimación y la presunción de su validez y exactitud. El mero hecho de que se adjunte un acta notarial de una junta celebrada con posterioridad no destruye per se la presunción establecida pues, a falta de título de modificación del contenido del Registro, es en la vía judicial en la que se ha de plantear el debate a fin de obtener, en su caso, el título que permita la rectificación del contenido del Registro.

De aquí que la mera afirmación de la parte recurrente de que se proponen impugnar la junta a que se refiere el asiento del Registro Mercantil de 30 de junio de 2016, lejos de empañar el contenido del Registro, lo reafirma en tanto no se inscriba una declaración judicial (a falta de una extrajudicial), de rectificación del contenido del Registro.

3. Es cierto, como pone de relieve el escrito de recurso, que existe una dilatada doctrina de esta Dirección General relativa al valor de la declaración del presidente de la junta sobre su válida constitución y sobre el hecho de que frente a dicha manifestación, prevalece el pronunciamiento contrario debidamente puesto de manifiesto (*vide* resoluciones en materia de recursos contra la calificación de los registradores mercantiles de 9 enero 1991, 13 de febrero de 1998, 31 de marzo de 2003, 5 de agosto de 2013 y 3 de abril de 2017).

Dicha doctrina ha sido dictada por esta Dirección en supuestos en que el registrador mercantil objetaba dicha circunstancia para denegar la práctica del asiento correspondiente a los acuerdos adoptados por la junta.

Dicha doctrina no es, en consecuencia, de aplicación al supuesto de la presente en que la inscripción se practicó en su día y desde ese momento el acuerdo de aprobación quedó bajo la salvaguarda judicial, por lo que no puede

prevalecer contra el mismo un documento posterior en contra del principio de prioridad registral.

Como resulta del artículo 10.1 del Reglamento del Registro Mercantil: «1. *Inscrito o anotado preventivamente en el Registro Mercantil cualquier título, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con él.*» De donde resulta con meridiana claridad que el título posterior no puede ni inscribirse ni anotarse ni prevalecer frente al contenido registral en tanto no sea aquél objeto de modificación. Téngase en cuenta que el título contradictorio en que los recurrentes basan su pretensión en el presente recurso ni siquiera es un título a los efectos de la modificación del Registro Mercantil pues se trata de un acta notarial de junta y no de una escritura pública en los términos exigidos por el artículo 18 del Código de Comercio y 95.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

4. En definitiva, y como recoge el propio escrito de recurso, mientras conste el contenido del Registro Mercantil en la forma expresada por la resolución del registrador mercantil no puede pretenderse imponer, contra dicho pronunciamiento, un contenido distinto. Para que así fuere es preciso modificar el contenido del Registro Mercantil bien de forma extrajudicial (presentando el título voluntario por el que se lleve a cabo dicha modificación), bien de forma judicial presentando la resolución judicial firme que así lo declare. Así resulta de las previsiones de la Ley de Sociedades de Capital que permite impugnar el contenido del Registro siempre que no «… haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación.» (rectificación voluntaria del contenido del Registro), o bien una vez obtenida la oportuna resolución judicial conforme al contenido del artículo 208 del mismo cuerpo legal: «1. La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El "Boletín Oficial del Registro Mercantil" publicará un extracto».

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de núm. 8 de Madrid, don Luis María Stampa Piñeiro de fecha 11 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 14 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 14 de junio de 2017 (5)

En el expediente 80/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «La Rumba Castellana, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….., administrador único de la sociedad Nibra Inversiones S.L. presentaron un escrito de fecha 24 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitaron, al amparo del artículo 40 del Código de Comercio y como socios de la entidad «La Rumba Castellana, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2014 y 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitud es una extralimitación de los solicitantes que sólo tiene por objeto entorpecer el normal desenvolvimiento de la sociedad como demuestra que las cuentas del ejercicio 2014 fueron aprobadas por unanimidad en junta universal y que las de 2015, a las que asistió don ….., fueron objeto de solicitud de información debidamente cumplimentado por la sociedad. 2.º Que también se ha solicitado al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital auditor para el ejercicio 2016 lo que redunda en la extralimitación y abuso de la solicitud. 3.º Que los solicitantes no han ofrecido aportar los fondos necesarios para el pago de los honorarios del auditor lo que exige el artículo 40 del Código de Comercio.

III

El registrador mercantil núm. 8 de Madrid, don Manuel Casero Mejías dictó resolución en fecha 11 de abril de 2017 por la que acordó no proceder al nombramiento del auditor solicitado por resultar del archivo que las cuentas correspondientes a los ejercicios 2014 y 2015 de la sociedad fueron aprobadas por unanimidad en sendas juntas universales de fechas 30 de junio de 2015 y 30 de junio de 2016, por lo que de conformidad con el artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil y artículo 20 del Código de Comercio presumiéndose exacto el contenido del Registro los solicitantes no pueden ir contra sus propios actos.

IV

Los solicitantes, por escrito de fecha 16 de mayo de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, exclusivamente contra la denegación correspondiente al ejercicio 2015 y, en base a los siguientes motivos: «1.º Que la propia sociedad admite en su escrito de oposición que respecto del ejercicio 2015 sólo acudió a la junta el señor Caballe-

ria; que esta es la clave de la cuestión pues existieron dos juntas, una que no existió de 30 de junio y otra existente de 12 de diciembre de 2016 como resulta de la copia del acta notarial que se adjuntó a la solicitud. Que de lo anterior resulta ser de justicia la necesidad de que un auditor verifique las cuentas correspondientes a dicho ejercicio. 2.º Que de lo anterior resulta evidente que la parte solicitante no votó a favor de las cuentas de 2015 como reconoce el representante en su escrito de oposición al afirmar que no compareció el representante de Nibra Inversiones S.L. Además, el señor Caballeria votó en contra de dichos actos como resulta del acta aportada. 3.º Que lo anterior resulta de la existencia de dos juntas contradictorias, una existente y otra no que los recurrentes se disponen a impugnar. Que conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (resolución de 3 de abril de 2017), el registrador no tiene porqué aceptar la declaración de validez de constitución de la junta cuando resulte patente que la afirmación del presidente al respecto no puede mantenerse. Que en base a dicha doctrina el registrador no puede desconocer la existencia del acta notarial de 12 de diciembre de 2016 de la que además resulta que se sujetaron a aprobación las cuentas del ejercicio 2015 lo que hace evidente también la contradicción del contenido del Registro. 4.º Que la certificación relativa a la junta de 30 de junio de 2016 depositada en el Registro Mercantil, firmada por dos administradores solidarios, uno de ellos el firmante de la oposición, sirvió de base al depósito de las cuentas, pero en la misma ni resultó la lista de asistentes ni sus nombres. Que es evidente que en contra de lo que resulta de dicha certificación la junta no fue universal pues uno de los recurrentes no asistió mientras que sí que existió la junta de 12 de diciembre de 2016 como resulta del acta notarial. 5.º Que se procederá a impugnar judicialmente la junta de 30 de junio de 2016 por entender necesaria la declaración de inexactitud judicial pues mientras tanto el registrador está vinculado por el contenido del Registro. Sin embargo, lo anterior no empece para que el señor registrador deba reconocer la situación contradictoria que ha sido expresamente reconocida por la sociedad.

V

Por escrito de fecha 29 de mayo de 2017 con entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 1 de junio posterior, la representación de la sociedad lleva a cabo las siguientes alegaciones: «Que en relación a las cuentas de 2015 los recurrentes omiten en su escrito que fueron aprobadas por unanimidad en la junta de 30 de junio de 2016 pero que ante la negativa a firmar el acta los recurrentes se negaron por lo que el órgano de administración convocó una nueva junta, la de 12 de diciembre de 2016, en la que se presentaron a aprobación las mismas cuentas que en junio que se encuentran depositadas en el Registro Mercantil. Que este extremo es fácilmente acreditable por la simple comparación entre ambas lo que pone de manifiesto que la intención de los solicitantes es intentar una imagen de irregularidad donde no la hay.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 40 del Código de Comercio y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Circunscrito el objeto de este expediente a la solicitud de designación de auditor para la verificación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015, el recurso no puede prosperar.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (*vid.*, por todas, Resoluciones es sede de recursos contra las calificaciones negativas de los registradores, de 10 y 11 de noviembre de 1999, 18 de octubre de 2007, 18 de enero y 26 de octubre de 2012, 18 de enero de 2013, 10, 11 y 17 de febrero, 13 de marzo, 19 de mayo, 1 de agosto, 26 de septiembre, 14 de octubre, 24 de noviembre y 17 de diciembre de 2014, 19 de enero, 27 de junio, 2 de julio y 13 de septiembre de 2015 y 28 de enero y 19 de septiembre de 2016, entre otras) que los asientos ya practicados no pueden ser cuestionados en vía de recurso. Tal doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido de los artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), afirma que el objeto del expediente de recurso consiste exclusivamente en determinar si la resolución del registrador es conforme a Derecho, pero no cuestionar el contenido del Registro.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el párrafo tercero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que sólo dichos tribunales pueden declarar la nulidad de un asiento. Y no sólo ello es así, sino que, además, debe ser en procedimiento dirigido contra todos aquellos a quienes tal asiento conceda algún derecho (art. 40 *in fine* de la Ley Hipotecaria). En el mismo sentido, el artículo 7.1 del Reglamento del Registro Mercantil, en concordancia con el artículo 20.1 del Código de Comercio, dispone que *«el contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad»*.

En este sentido este Centro Directivo ha declarado con anterioridad (*cfr.* Resoluciones citadas anteriormente, entre muchas otras) que el recurso contra la calificación registral es el cauce legalmente arbitrado para impugnar la negativa de los registradores a practicar, en todo o parte, el asiento solicitado (*cfr.* artículos 66 y 324 de la Ley Hipotecaria) y tiene por objeto, exclusivamente, determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o nulidad del título ya inscrito, ni de la procedencia o improcedencia de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales, cualquiera que sea la clase de éste, cuestiones todas ellas reservadas, a falta de acuerdo social en contrario, al conocimiento de los tribunales. De aceptar lo contrario esta Dirección General estaría asumiendo unas competencias constitucionalmente reservadas a los tribunales de Justicia.

2. Las afirmaciones de contrario de los recurrentes no pueden desvirtuar la doctrina expuesta. En primer lugar, porque frente a la afirmación de que hubo dos juntas, una existente y la otra no, prevalece el contenido del Registro que se presume exacto y válido y que declara terminantemente que hubo una

junta y que en la misma se aprobaron las cuentas del ejercicio 2015 en los términos expuestos por la resolución del registrador mercantil.

Tampoco puede prevalecer frente a dicho pronunciamiento la afirmación de que el contenido del Registro Mercantil es inexacto pues a falta de un título por el que se lleve a cabo la modificación del mismo, rige el principio de legitimación y la presunción de su validez y exactitud. El mero hecho de que se adjunte un acta notarial de una junta celebrada con posterioridad no destruye per se la presunción establecida pues, a falta de título de modificación del contenido del Registro, es en la vía judicial en la que se ha de plantear el debate a fin de obtener, en su caso, el título que permita la rectificación del contenido del Registro.

De aquí que la mera afirmación de la parte recurrente de que se proponen impugnar la junta a que se refiere el asiento del Registro Mercantil de 30 de junio de 2016, lejos de empañar el contenido del Registro, lo reafirma en tanto no se inscriba una declaración judicial (a falta de una extrajudicial), de rectificación del contenido del Registro.

3. Es cierto, como pone de relieve el escrito de recurso, que existe una dilatada doctrina de esta Dirección General relativa al valor de la declaración del presidente de la junta sobre su válida constitución y sobre el hecho de que frente a dicha manifestación, prevalece el pronunciamiento contrario debidamente puesto de manifiesto (*vide* resoluciones en materia de recursos contra la calificación de los registradores mercantiles de 9 enero 1991, 13 de febrero de 1998, 31 de marzo de 2003, 5 de agosto de 2013 y 3 de abril de 2017).

Dicha doctrina ha sido dictada por esta Dirección en supuestos en que el registrador mercantil objetaba dicha circunstancia para denegar la práctica del asiento correspondiente a los acuerdos adoptados por la junta.

Dicha doctrina no es, en consecuencia, de aplicación al supuesto de la presente en que la inscripción se practicó en su día y desde ese momento el acuerdo de aprobación quedó bajo la salvaguarda judicial, por lo que no puede prevalecer contra el mismo un documento posterior en contra del principio de prioridad registral.

Como resulta del artículo 10.1 del Reglamento del Registro Mercantil: «1. Inscrito o anotado preventivamente en el Registro Mercantil cualquier título, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con él.» De donde resulta con meridiana claridad que el título posterior no puede ni inscribirse ni anotarse ni prevalecer frente al contenido registral en tanto no sea aquél objeto de modificación. Téngase en cuenta que el título contradictorio en que los recurrentes basan su pretensión en el presente recurso ni siquiera es un título a los efectos de la modificación del Registro Mercantil pues se trata de un acta notarial de junta y no de una escritura pública en los términos exigidos por el artículo 18 del Código de Comercio y 95.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

4. En definitiva, y como recoge el propio escrito de recurso, mientras conste el contenido del Registro Mercantil en la forma expresada por la reso-

lución del registrador mercantil no puede pretenderse imponer, contra dicho pronunciamiento, un contenido distinto. Para que así fuere es preciso modificar el contenido del Registro Mercantil bien de forma extrajudicial (presentando el título voluntario por el que se lleve a cabo dicha modificación), bien de forma judicial presentando la resolución judicial firme que así lo declare. Así resulta de las previsiones de la Ley de Sociedades de Capital que permite impugnar el contenido del Registro siempre que no «… haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación.» (rectificación voluntaria del contenido del Registro), o bien una vez obtenida la oportuna resolución judicial conforme al contenido del artículo 208 del mismo cuerpo legal: «1. La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. El "Boletín Oficial del Registro Mercantil" publicará un extracto».

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de núm. 8 de Madrid, don Manuel Casero Mejías de fecha 11 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 14 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 14 de junio de 2017 (6)

En el expediente 103/2017 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Sun Street S.L.».

I

Por el Registro Mercantil de Madrid XVIII se remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado escrito de don ….., de fecha 22 de mayo de 2017, en su calidad de representante persona física de «Sport Street S.L.», como administrador único de la mercantil «Sun Street S.L.», en el que solicita, sin la cita de precepto legal alguno, que se

nombre como auditor de cuentas del ejercicio 2015 a «Deloitte, S.L.», por considerar que concurren circunstancias especiales.

II

En dicha solicitud, sin la cita de precepto alguno en que se funde la petición, se manifiestan, en esencia, como circunstancias especiales de dicha solicitud, las siguientes:

1.ª Las derivadas de errores involuntarios en la omisión del nombramiento e inscripción en tiempo y forma del auditor de cuentas, errores en la certificación expedida inicialmente en cuanto al período de nombramiento, así como imposibilidad material de realizar el referido nombramiento, todo ello, a pesar de estar obligada a auditoría de cuentas.

2.ª Señala, además, que en fecha 7 de marzo de 2017 el registrador mercantil no practicó la inscripción de «Deloitte, S.L.» como auditor de la sociedad «Sun Street S.L.U.» porque no se acreditaba la aceptación de auditor para los ejercicios 2015, 2016 y 2017, adjuntando copia de dicha resolución.

III

El registrador mercantil de Madrid XVIII, don Antonio García Conesa, 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 7, 355 y 356 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

1. En primer lugar, contra la calificación registral negativa a que se refiere el interesado de fecha 7 de marzo de 2017, motivada como consecuencia de la rectificación por él mismo de una primera certificación inscrita en los términos que más abajo se detallan, sólo cabría interponer, en su caso, los recursos legales procedentes y no, como se pretende en definitiva, solicitar de esta Dirección General que se nombre como auditor de cuentas del ejercicio 2015 a determinada entidad auditora, por considerar, según criterio del solicitante, que concurren circunstancias especiales –a las que más tarde se hará alusión–.

En este sentido este Centro Directivo ha declarado (*vid.*, las Resoluciones de 10 y 11 de noviembre de 1999, 18 de octubre de 2007, 18 de enero y 26 de octubre de 2012, 18 de enero de 2013, 10, 11 y 17 de febrero, 13 de marzo, 19

de mayo, 1 de agosto, 26 de septiembre, 14 de octubre, 24 de noviembre y 17 de diciembre de 2014, 19 de enero de 2015 y 11 de septiembre de 2015, entre muchas otras) que el recurso contra la calificación registral es el cauce legalmente arbitrado para impugnar la negativa de los registradores a practicar, en todo o parte, el asiento solicitado (*cfr.* artículos 66 y 324 de la Ley Hipotecaria) y tiene por objeto, exclusivamente, determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o nulidad del título ya inscrito, ni de la procedencia o improcedencia de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales –artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil–, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales. No cabría instar recurso alguno frente a la calificación positiva del registrador por la que se extiende el correspondiente asiento, como así ocurrió en virtud de la primera certificación presentada por la que se procedió a la inscripción de nombramiento de auditor de cuentas para los ejercicios 2016 a 2018, nombrado con fecha 4 de julio de 2016 e inscrito con fecha 9 de enero de 2017, según resulta de copia de la nota de despacho del título correspondiente y de copia del listado de envío de actos al BORME.

2. Por lo que se refiere a las circunstancias especiales que deben concurrir para el nombramiento que ocupa al caso, el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil –precepto no citado en ningún momento por el interesado– 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 sólo 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.

Hay que tener en cuenta que forma parte del expediente copia de la resolución del Registro Mercantil de Madrid de fecha 7 de marzo de 2017 –ya citada–, de la que resulta expresamente, no sólo lo que el interesado manifiesta en los hechos II 2.ª, sino que, como tercer defecto observado por el registrador en su calificación consta literalmente que «No puede nombrarse auditor de cuentas para el ejercicio 2015 con fecha 4 de julio de 2016, ya que el nombramiento debe realizarse antes de que finalice el ejercicio a auditar. (art. 264 LSC).».

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 resto del expediente, 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 proceda al nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad «Sun Street S.L.U.» 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 14 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 16 de junio de 2017 (1)

En el expediente 22/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Soluciones Expertas en Incendios S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en representación de la entidad «Ascia Ingeniería, SL», presentó escrito de fecha 1 de febrero 2017, 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 «Soluciones Expertas en Incendios, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, que las cuentas correspondientes al ejercicio 2015 no han sido debidamente aprobadas, lo que se acre-

dita mediante la aportación de acta notarial correspondiente pero, próxima su aprobación, el siguiente paso serán las cuentas de 2016 para las que ya existe designado auditor.

III

El registrador mercantil de Madrid, don Francisco Javier Navia–Ossorio dictó resolución de fecha 20 febrero por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don……, por medio de escrito de fecha 16 de marzo de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que las cuentas correspondientes al ejercicio 2015 han sido debidamente aprobadas y auditadas, siendo el siguiente paso la aprobación y elaboración del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2016.

V

Con fecha 11 de mayo de 2017 fue requerida la sociedad por parte de este Centro al objeto de acreditar bien la inscripción del nombramiento de auditor bien el informe de verificación de cuentas puesto a disposición del socio de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016. Con fecha 26 de mayo se presentó escrito en el Registro Mercantil de Madrid de donde resulta el encargo al auditor que, si bien está presentado en el Registro Mercantil, el mismo no ha sido inscrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 trata de decidir en el presente recurso si cabe la posibilidad de nombrar un auditor a instancia del socio que cumple los requisitos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital cuando por parte de la sociedad se alega que ya se auditaron las correspondientes al ejercicio 2015 y cuando se proceda a la aprobación de las del ejercicio 2016, éstas serán igualmente auditadas poniéndose a disposición del socio el informe de auditoría pertinente.

De la documentación aportada por el recurrente no resulta documento alguno que acredite la inscripción del nombramiento de auditor relativo al ejercicio 2016, se refiere al encargo hecho al auditor en fecha 10 enero de

2017, debiendo en este caso no tomar en cuenta esa fecha al tratarse de un documento privado sin fecha fehaciente, artículo 1227 Código Civil. En todo caso, debe tenerse en cuenta que corresponde a la sociedad cuya verificación contable se solicita acreditar mediante la aportación de la oportuna documentación, ya en el escrito de oposición ya en el recurso de alzada, no sólo la designación de auditor y la aceptación de éste, sino también que se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría. Por lo tanto, la carga de la prueba relativa a la concurrencia de los requisitos para que el nombramiento voluntario enerve la solicitud del socio recae sobre la sociedad recurrente. Es cierto, como indica el recurrente en su escrito que la doctrina de ésta Dirección establece una serie de requisitos en los que no tiene lugar el nombramiento de un auditor por el Registrador Mercantil cuando ya resulte de la documentación aportada la existencia de un auditor nombrado en el momento de presentación de la solicitud de nombramiento en el Registro Mercantil pero en el presente caso no resulta acreditado el nombramiento del auditor con carácter previo solo el encargo a través de un documento privado.

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 indife-

rente 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. En consecuencia con lo expuesto, el recurso no puede prosperar en tanto que las alegaciones y el nombramiento de auditor se refieren a las cuentas del ejercicio 2015, sin que se aporte documentación suficiente relativa al nombramiento, aceptación e inscripción de auditor para las cuentas del ejercicio 2016.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid V, don Francisco Javier Navia-Ossorio, de fecha 20 de febrero 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 16 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 16 de junio de 2017 (2)

En el expediente 88/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tierra de Noche, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, 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 «Tierra de Noche, S.L.» (titular del 25 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 5 de abril en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo número recibido el día 17 del mismo mes, sin formular oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El registrador mercantil de Zaragoza, don Joaquín Rodríguez Hernández, dictó resolución de fecha 27 de abril de 2017 por la que resolvió la no procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minorista, dando traslado de tal resolución por 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 19 de mayo se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de la misma fecha suscrito por el solicitante don……

IV

En dicho escrito don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 27 de abril, en base al siguiente argumento: «en la fecha en la que don ….. presentó ante el Registro Mercantil de Zaragoza la solicitud de nombramiento de auditor para la compañía mercantil «Tierra de Noche S.L.» (31-03-2017), carecía de la condición de administrador solidario de la compañía al haber sido cesado en Junta General celebrada con carácter universal el 17 de enero de 2017 en la notaría de D. Augusto Ariño García Belenguer sita en Zaragoza»; concluyendo por tanto que «debería dictarse resolución revocando la resolución de 27 de abril de 2017 que por el presente escrito se impugna, procediendo a nombrar auditor para las cuentas anuales de 2016 de la compañía mercantil Tierra de Noche S.L. al haber quedado acreditado que don….en la fecha en la que se presentó ante el Registro Mercantil de Zaragoza la solicitud de nombramiento de auditor para la compañía mercantil Tierra de Noche S.L. (31-03-2017) carecía de la condición de administrador solidario de la compañía al haber sido cesado en la Junta General celebrada con carácter universal el 17 de enero de 2017».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 dado que el fundamento anteriormente expuesto carece de virtualidad para fundamentar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Efectivamente no puede sostenerse la conclusión que se sigue por el socio solicitante de que, pese a haber ostentado el cargo de administrador solidario durante la totalidad del ejercicio social correspondiente al año 2016, ostenta dicho derecho ya que fue cesado con posterioridad a su finalización pero antes de iniciar el correspondiente expediente.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado 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, 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras).

2. Como resulta del escrito de recurso en el supuesto de hecho que da lugar a la presente, el socio solicitante ha sido efectivamente administrador solidario de la sociedad durante el ejercicio cuya contabilidad solicita auditar, sin perjuicio de ser cesado por acuerdo de la Junta General Universal de 17 de enero de 2017.

Ahora bien, el hecho de instar el nombramiento de auditor con posterioridad al mencionado cese en nada modifica la doctrina anteriormente expuesta,

ya que hasta ese momento ha gozado de la facultad de 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 sin haberlo hecho. Por tanto, debe concluirse que no cabe apreciar la concurrencia del oportuno interés protegible en el socio solicitante.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Zaragoza, don Joaquín Rodríguez Hernández, de fecha 27 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 16 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 16 de junio de 2017 (3)

En el expediente 92/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Eudog, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 11 de marzo de 2017, 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 «Eudog SL.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando, en esencia: 1. La solicitante no ostenta el capital del 25% como señala en su solicitud. 2. La solicitud señala se realiza

como consecuencia de la «mala gestión del administrador», pero no específica ni fundamenta tal pretensión. 3. La solicitud obedece sólo a que la solicitante ha sido despedida de la empresa. 4. La sociedad carece de medios económicos para afrontar la auditoría.

III

El registrador mercantil de Barcelona, don José Rodríguez del Valle Iborra dictó resolución de fecha 4 abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don…., por escrito de fecha 11 de mayo 2017, que tuvo entrada el mismo día 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 legitimación del solicitante, como tiene declarado esta Dirección General (resoluciones de 17 de noviembre de 1999, 10 de julio de 2008 y 28 de julio de 2014); el requisito del 5% previsto por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para solicitar en el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio social el nombramiento de auditor debe ostentarse en el momento de solicitar su aplicación. En el supuesto de que el socio se desprenda de un número de acciones o participaciones que habría necesitado para mantener su proporción de capital, se debe suspender la tramitación en tanto que el nuevo adquirente no comunique la intención de sostenerla. De esta regla quedan exceptuados lógicamente aquellos supuestos en que la disminución porcentual no se produce por enajenación voluntaria, en el caso que nos ocupa cumple la solicitante el requisito del 5% mínimo exigido por ley con independencia de si es o no el porcentaje exacto del 25% pues lo que se exige es el cumplimiento del mínimo legal.

2. La insuficiente expresión de causa de la solicitud a juicio del recurrente, 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 que la solicitud obedece al despedido de la solicitante, 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 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

4. Finalmente, y en relación a 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona, don José Rodríguez del Valle Iborra de fecha 4 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 16 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 16 de junio de 2017 (4)

En el expediente 99/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «MTS Irún, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha de 16 marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, en el que tuvo su entrada el día 20 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 «MTS Irún», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, su falta de legitimación al no haber presentado principio de prueba por escrito que acreditase su condición de socio.

III

El registrador mercantil Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata dictó resolución de fecha 8 de mayo de 2017 por la que acordó admitir la oposición y no proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 22 de mayo de 2017, que tuvo entrada el 25 mayo en el Registro Mercantil de Guipúzcoa, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, aportando un contrato privado de compraventa de participaciones sociales en el que consta haber sido liquidado del impuesto correspondiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 sociedad ha alegado la falta de legitimación del solicitante en los términos previstos en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil y en la doctrina de este Centro Directivo. De la documentación aportada con el recurso de alzada resulta con claridad que el solicitante ostenta la condición de socio. Como ha reiterado esta Dirección General el supuesto contemplado en el artículo 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.* artículo 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013).

Este Centro Directivo viene 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 en sede de recurso de alzada, un principio de prueba: documento privado de venta. 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 y en este caso liquidada del impuesto correspondiente a la transmisión de las participaciones debe estimarse acreditada suficientemente la condición de socio y con ello la legitimación del solicitante.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata de fecha 8 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 16 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 16 de junio de 2017 (5)

En el expediente 99/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «MTS Irún, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha de 16 marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, en el que tuvo su entrada el día 20 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 «MTS Irún.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, su falta de legitimación al no haber presentado principio de prueba por escrito que acreditase su condición de socio.

III

El registrador mercantil Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata dictó resolución de fecha 8 de mayo de 2017 por la que acordó admitir la oposición y no proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 22 de mayo de 2017, que tuvo entrada el 25 mayo en el Registro Mercantil de Guipúzcoa, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, aportando un contrato privado de compraventa de participaciones sociales en el que consta haber sido liquidado del impuesto correspondiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 sociedad ha alegado la falta de legitimación del solicitante en los términos previstos en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil y en la doctrina de este Centro Directivo. De la documentación aportada con el recurso de alzada resulta con claridad que el solicitante ostenta la condición de socio. Como ha reiterado esta Dirección General el supuesto contemplado en el artículo 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.* artículo 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013).

Este Centro Directivo viene 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 en sede de recurso de alzada, un principio de prueba: documento privado de venta. 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 y en este caso liquidada del impuesto correspondiente a la transmisión de las participaciones debe estimarse acreditada suficientemente la condición de socio y con ello la legitimación del solicitante.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata de fecha 8 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 16 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 16 de junio de 2017 (6)

En el expediente 100/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Mantelectronic, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 30 de marzo de 2017, 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 «Mantelectronic, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, que es conocedora de la petición de la solicitante y ya se puso en contacto con anterioridad a la solicitud de nombramiento de auditor con la interesada al objeto de mostrar la disposición de la sociedad a que la interesada pudiese, con la intervención de un experto independiente, examinar las cuentas e incluso proceder a la convocatoria de la Junta General para que procediese a nombrar un auditor.

III

El registrador mercantil de Madrid, don José María Rodríguez Berrocal dictó resolución de fecha 26 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don…., por escrito de fecha de 25 de mayo de 2017, que tuvo entrada el 30 de mayo 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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. Como cuestión previa en la resolución de este expediente debe señalarse que como tiene declarado esta Dirección General (resoluciones de 17 de noviembre de 1999, 10 de julio de 2008 y 28 de julio de 2014) el requisito

del 5% previsto por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para solicitar en el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio social el nombramiento de auditor debe ostentarse en el momento de solicitar su aplicación.

2. En cuanto a la posibilidad de conocer la situación económica de la sociedad no es argumento aceptable para pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un 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 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.* artículos 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 de la Ley 1/2015, de 20 de julio de Auditoría de Cuentas). A la vista de lo expuesto no basta para enervar el derecho de la socia la puesta a disposición de la socia de información sobre la situación social sino que estamos ante el reconocimiento de un derecho que tiene su origen en la Ley de Sociedades de capital como ha quedado expuesto.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don José María Rodríguez Berrocal, dictada con fecha 26 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significando 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, 16 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 16 de junio de 2017 (7)

En el expediente 102/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «La Ferretera Extremeña, S.L.»

HECHOS

I

Don …..presentó escrito de fecha 23 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Cáceres, en el que tuvo su entrada el día 24 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 «Ferretera Extremeña S.L.» (titular del 15,83% del mismo), 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 28 de marzo en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 5 de abril, presentado el día 7, alegando que «como puede apreciarse, la solicitud de nombramiento de auditor, en sociedades no obligadas a auditarse, por parte del socio titular de, al menos 5% del capital social, deberá presentarse dentro de los tres meses posteriores a la fecha de cierre del ejercicio social. En el presente caso, a la vista de que el socio peticionario solicita el nombramiento de auditor para verificar las cuentas anuales del ejercicio 2015 (como consta expresamente en su solicitud), que dicho ejercicio social concluyó el 31 de diciembre de 2015, y que su solicitud fue presentada el 24 de marzo de 2017, ha de reputarse extemporánea e improcedente la solicitud de nombramiento de auditor efectuada».

III

El registrador mercantil de Cáceres, don Víctor Manuel Carrasco Sánchez, dictó resolución de fecha 18 de abril de 2017 por la que estimó la oposición formulada por la sociedad, dando traslado de tal resolución advirtiendo de que contra la misma procedía recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. El día 12 de mayo se presenta en la oficina de correos de Plasencia escrito de recurso fechado el 10 de mayo suscrito por don……

IV

En dicho escrito, don ….. interpone recurso de alzada ante esta Dirección General contra la resolución de 18 de abril del registrador mercantil de Cáceres, don Víctor Manuel Carrasco Sánchez, en base al siguiente argumento: «en el escrito de solicitud de nombramiento de auditor esta parte incurrió en un error mecanográfico que, entendemos, ha de ser subsanado, no pudiendo ser un motivo para la denegación de nombramiento de auditor».

«La apreciación de que dicho error es un mero error material resulta de forma manifiesta, al comprobar que la solicitud fue presentada en el mes de marzo de 2017, dentro del plazo de tres meses que establece el art. 265 LSC, desde la fecha de cierre del ejercicio social anterior.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 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 art. 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.

2. En el expediente que da lugar a la presente, la sociedad interpone recurso el incumplimiento de uno de los requisitos previstos en el artículo 265 LSC, como es que la solicitud se formule dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social que se solicita ser auditado.

El alcance de la calificación registral en el presente expediente queda limitada a comprobar la legitimación del solicitante así como la concurrencia de los presupuestos objetivos contenidos en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, cuestión del plazo controvertida en el presente.

Efectivamente, no resulta controvertida ni la legitimación del solicitante ni tampoco la concurrencia del interés protegible en el mismo, debiendo limitarse el presente expediente a la determinación del ámbito temporal de la solicitud. Así, resulta evidente que la solicitud tal y como está formulada al registro mercantil se refiere al ejercicio social correspondiente al año 2015, concluido el 31 de diciembre de 2015, incumpliendo por tanto uno de los requisitos objetivos materia de calificación en el presente expediente.

Igualmente, no puede considerarse como pretende el recurrente un «mero error material», ya que la determinación del ejercicio solicitado es materia

esencial de la solicitud debiendo considerarse, en su caso, un error de fondo que justifica la calificación registral recurrida.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Cáceres, don Víctor Manuel Carrasco Sánchez, de fecha 18 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 16 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 19 de junio de 2017 (1)

En el expediente 28/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Micky House, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentaron un escrito de fecha 23 de enero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 26 inmediato posterior, 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 cada uno de ellos de más del 5% del capital social de «Micky House, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la auditoría es innecesaria dada la escasa actividad de la empresa que carece de ingresos. 2.º Que la sociedad no puede afrontar el gasto de la auditoría. 3.º Que la única motivación de la solicitud es perseguir y acosar al administrador, padre de los solicitantes, dentro de una estrategia de presión y en el marco de un conflicto en las relaciones familiares. 4.º Que los solicitantes han intentado en dos ocasiones acciones procesales que han fracasado.

III

La registradora mercantil de Valencia núm. 2, doña Laura María de la Cruz Cano Zamorano dictó resolución en fecha 9 de febrero de 2017 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 20 de marzo de 2017, que tuvo entrada el mismo día 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 la sociedad tiene suscrito un contrato con un auditor por lo que no hace falta designarlo por el Registro. Acompaña a su escrito de recurso, entre otros documentos, una propuesta profesional de una sociedad de auditoría para realizar auditoría del ejercicio 2016. El documento está fechado el día 10 de enero de 2017 y firmado tanto por la sociedad de auditoría como por la sociedad objeto de la presente.

V

A la luz de las alegaciones contenidas en el escrito de recurso esta Dirección requirió al recurrente a fin de que aportara al expediente bien justificación de inscripción de nombramiento de auditor voluntario en el Registro Mercantil, bien informe de verificación de cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 con la finalidad de incorporarlo al propio expediente, apercibiéndole de que, de no hacerlo, se dictaría resolución de acuerdo al contenido del expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. 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 art. 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 sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 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».

A falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil.

2. Por parte de esta Dirección General, ante las alegaciones formuladas en el escrito de recurso y de conformidad con la previsión del artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se procedió a requerir a la sociedad para que en el curso del plazo de quince días procediera a justificar ante esta Administración bien la inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor bien la aportación al expediente del correspondiente informe de verificación.

La sociedad, mediante escrito con sello de imposición de correos de 12 de junio de 2017 y con entrada en este ministerio el día 14 de junio inmediato posterior, aporta al expediente informe de verificación correspondiente a la sociedad y a su ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2016. El informe está emitido por la firma Eudita CJC Auditores S.L.P. y tiene fecha 8 de junio de 2017.

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 (Fundamento de Derecho segundo *in fine*).

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil Valencia núm. 2, doña Laura María de la Cruz Cano Zamorano de fecha 9 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 19 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 19 de junio de 2017(2)

En el expediente 86/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tornillería Aragonesa, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 28 de marzo de 2017, 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 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Tornillería Aragonesa, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad no se opuso a la pretensión del socio.

III

El registrador mercantil de Zaragoza núm. 1, don Joaquín Rodríguez Hernández dictó resolución en fecha 20 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la solicitud y rechazar el nombramiento del auditor solicitado por resultar del contenido del Registro Mercantil que el solicitante ha ostentado el cargo de administrador solidario durante el ejercicio 2016.

IV

Don …..., por escrito de fecha 10 de mayo de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Zaragoza, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección Gene-

ral contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos (resumidos): «1.º Que de la regulación legal resulta que los únicos órganos competentes para la designación de auditor son la junta general (sociedades obligadas), y el registrador mercantil (sociedades no obligadas). Que así resulta de los artículos 264, 265 y 210 de la Ley de Sociedades de Capital y de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. 2.º Que la legitimación para solicitar la designación de auditor es cuestión que igualmente viene determinada por la Ley (art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital) y en su desarrollo en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil. Que concurriendo el requisito previsto en el artículo citado y no habiéndose opuesto la sociedad procede el nombramiento. 3.º Que la interpretación de las normas anteriores no puede traducirse en una merma de los derechos reconocidos al socio. Que cuando la Ley así lo desea lo regula expresamente (arts. 190, 203, 206 y 251 de la Ley de Sociedades de Capital). Que de lo anterior resulta que no puede privarse legitimación por una causa que no resulte de la norma y menos por una interpretación que de la misma se haga. 4.º Que, aunque se aceptara que el administrador puede designar auditor la Ley regula un procedimiento reglado siendo la auditoría así realizada la única que puede tenerse por válida y eficaz a los efectos de la aprobación de las cuentas. Que de la tesis del acto de gestión puede llegarse al absurdo de que cada administrador nombre a un auditor distinto lo que plantearía cuestiones como determinar cuál es la auditoría válida. Cuando la designación de auditor se hace por el procedimiento reglado el efecto es que no se pueden depositar las cuentas sin el informe del auditor designado lo que constituye una garantía del sistema reglado y establecido normativamente. Que el solicitante dimitió unilateralmente ante la imposibilidad de ejercer el cargo y así lo hizo constar en la comunicación dirigida a la sociedad y sino se puede gestionar no se puede proporcionar a auditor ni a nadie información. 5.º Que la sociedad no se ha opuesto a la designación de auditor por lo que ha demostrado su total conformidad con la auditoría propuesta de conformidad con el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil. Que la falta de legitimación a que se refiere la resolución sólo habría cabido alegarla a la propia sociedad. 6.º Que en todas las resoluciones en que se ha denegado el nombramiento ha concurrido oposición de la sociedad, pero no ha ocurrido así en el supuesto de hecho.

V

Mediante escrito de fecha 6 de junio de 2017 con entrada en el Registro Mercantil de Zaragoza al día siguiente, la sociedad Tornillería Aragonesa S.A. por medio de su administrador don ….., se persona en el procedimiento y lleva a cabo las siguientes alegaciones: «1.º Que ante las afirmaciones del escrito de recurso de don ….. de que no ha tenido acceso a la información de la sociedad, esta desea poner de manifiesto que no apoya dichas afirmaciones en documento o prueba alguna; que bien al contrario el recurrente ha sido consejero delegado de la compañía hasta 2013 y posteriormente administrador solidario, ostentando el 50% del capital social. Que una persona en dicha posición no puede afirmar, por contradictorio, la existencia de impedimentos para acceder a la información social; que tal afirmación tampoco se sostiene con el hecho de que haya ido aumentando su participación social hasta el actual 50%. Que las entidades bancarias tienen bastanteado su apoderamiento pudiendo por si solo realizar cuantos actos tenga por conveniente (se acompaña documentación de respaldo de las anteriores afirmaciones. 2.º Que desde el origen de la empresa no existen ni quejas ni impugnaciones de clase alguna del recurrente. 3.º Que el acceso a la información no es sólo un derecho, es una obligación de los administradores conforme al artículo 225.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Ninguno de los argumentos de contrario puede enervar la resolución del registrador mercantil que esta Dirección General de los Registros y del Notariado no puede sino confirmar.

En primer lugar, porque no es cierto que el órgano de administración de las sociedades de capital no pueda designar auditor de forma voluntaria y que dicha competencia se limite a la junta general de las sociedades (en las obligadas), y al registrador mercantil (en las no obligadas). La afirmación es insostenible.

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, resolución de 16 de abril de 2012). 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 en relación al 234 de la Ley de Sociedades de Capital).

Las afirmaciones que lleva a cabo el escrito de recurso sobre la dificultad o imposibilidad de llevar a cabo la labor de gestión son irrelevantes a los efectos de este procedimiento. 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 del otro administrador, debe actuar en la instancia que resulte competente.

2. Tampoco es aceptable la afirmación del escrito de recurso de que no existiendo oposición de la sociedad procede el nombramiento sin mayor determinación. Bien al contrario, como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General (resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras) 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. Dicha actuación está presidida por el principio de legalidad de modo que sólo si el solicitante reúne los requisitos que el artículo 265.2 exige procede, aún en ausencia de oposición por parte de la sociedad, la designación de un auditor.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado 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).

En el desarrollo de esta doctrina, esta Dirección General ha actuado en el ejercicio de las competencias que legalmente le están atribuidas entre las que se encuentran las relativas a la resolución de los recursos contra la calificación de los registradores y recursos contra la estimación o desestimación de solicitudes de designación de auditores (*vide* artículo 260.3 de la Ley Hipotecaria y artículo 9.1.f del Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 1887, de 30 de diciembre de 2011, que establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales). En ejercicio de dichas com-

petencias este Centro Directivo aplica la norma y, como no puede ser de otra forma, la interpreta en aplicación de las previsiones del artículo 3 del Código Civil. De aquí que no sea aceptable la afirmación del escrito de recurso de que esta Dirección le priva de un derecho legalmente reconocido; lo que lleva a cabo esta Administración, en ejercicio de sus competencias, es aplicar la Ley para determinar que, en el caso concreto a que se refiere la solicitud que constituye el objeto de la presente, el socio carece de legitimación al carecer de un interés jurídicamente protegible.

Así las cosas, y con independencia de que la sociedad se ha personado en el procedimiento, oponiéndose al contenido del escrito de recurso, el motivo debe ser rechazado pues como resulta de las consideraciones anteriores el hecho de que el solicitante ostentara durante todo el ejercicio la condición de administrador de la sociedad excluye su legitimación en este expediente.

3. Tampoco es aceptable la afirmación que lleva a cabo el escrito de recurso cuando afirma que aun aceptando la competencia del administrador para designar auditor únicamente sería aceptable el trabajo de verificación llevado a cabo por el designado de acuerdo al procedimiento previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta Dirección General ha construido una completa doctrina sobre los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil por parte de la sociedad no obligada a verificación contable de un nombramiento de auditor realizado con carácter voluntario. Del contenido de dicha doctrina (Resoluciones en materia de expertos y auditores 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 y 17 de junio de 2014 y 14 de mayo y 27 de julio de 2015, entre otras muchas), resulta que inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Esta doctrina ha recibido sanción legal de modo expreso por cuanto la redacción del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (por modificación que entró en vigor el pasado día 17 de junio de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), afirma 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».

Resulta así indubitado de acuerdo a la repetida doctrina de este Centro Directivo, y hoy de acuerdo al contenido del precepto transcrito, la necesidad de acompañar el informe de auditoría voluntario inscrito para llevar a cabo el depósito de las cuentas del ejercicio.

El hecho de que concurran distintos administradores solidarios en una sociedad y que cada uno lleve a cabo actos de gestión puede acarrear, como afirma el propio recurrente, la realización de actos contradictorios. Pero a diferencia de lo que concluye el escrito de recurso, los problemas de contra-

dicción se resuelven por las normas generales del ordenamiento ya en materia de derechos reales *(prior in tempore potior in iure),* ya en el ámbito de derecho mercantil registral por vía de la prioridad consagrada en el artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil1: «*1. Inscrito o anotado preventivamente en el Registro Mercantil cualquier título, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con él*». De este modo, inscrito un auditor voluntario en el Registro Mercantil no existe incertidumbre alguna sobre cual haya de ser el informe de verificación que haya de presentarse junto a las cuentas anuales para su depósito. Conforme al antes transcrito artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital, habrá de ser el que haya llevado a cabo el auditor inscrito.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Zaragoza núm. 1, don Joaquín Rodríguez Hernández de fecha 20 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 19 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 22 de junio de 2017

En el expediente 87/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Dixi–724, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 31 de marzo 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 heredera al 50% de su padre don ….., titular de más del 5% del capital social de «Dixi-724, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

Solicitada por el registrador mercantil de Barcelona don Francisco Javier González del Valle García subsanación de la anterior instancia, la solicitante presenta escrito de fecha 25 de abril de 2016 en el que pone de manifiesto que el ejercicio a auditar es el de 2015 y adjunta copia de las escrituras de aceptación de herencia y de adición de herencia de las que resulta que corresponden a doña ….. 850 participaciones sociales de la sociedad.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la persona que ha hecho la solicitud no era socia cuando realizó la solicitud ni lo ha notificado a la sociedad incumpliendo los estatutos sociales. Que no adquirió la herencia hasta el 21 de abril de 2016. 2.º Que solicita la auditoría del ejercicio 2014 y cuando rectifica ya había transcurrido el plazo de tres meses contemplado en el Reglamento del Registro Mercantil. 3.º Que el administrador ya había nombrado auditor, pendiente de ratificación por la junta de socios.

A la luz del anterior escrito, el registrador mercantil, mediante escrito de 18 de mayo de 2016, solicitó la acreditación de la representación de quien presentó el escrito de oposición en nombre de la sociedad, así como la presentación al Registro Mercantil de la documentación acreditativa del nombramiento de auditor.

El abogado don ….. justifica su representación y presenta escrito de fecha 9 de junio de 2016 en el que afirma que se acompaña la aceptación del auditor con firma legitimada ante notario, así como afirma que la solicitante no era socia en el ejercicio 2015 ni mostró el más mínimo interés hasta que ha llevado a cabo la solicitud.

El Registro Mercantil vuelve a requerir a la sociedad para que presente o bien la documentación relativa a la designación de auditor en términos que permitieran su inscripción o bien el encargo de auditoría o bien el informe de auditoría llevado a cabo.

El día 6 de julio de 2016 la representación de la sociedad vuelve a presentar escrito en el que se afirma que el auditor designado es Martín & Rosell auditores S.L.P. y escrito de don ….. en representación de esta última del que resulta que no puede presentar todavía informe de auditoría.

Mediante oficio de 12 de julio de 2016 el registrador mercantil requirió de nuevo a la sociedad para que presentase la documentación correspondiente a la designación de auditor para su inscripción en el Registro Mercantil.

El día 28 de julio se presenta certificación emitida por el administrador de la sociedad don ….. de la que resulta que reunida la junta general en la persona del único socio asistente se ratifica el nombramiento de la sociedad Martín & Rosell Auditores S.L.P. para los ejercicios 2015 a 2023.

La sociedad es nuevamente requerida por el registrador mercantil en fecha 3 de agosto de 2016 para que presente informe de auditoría relativo a las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 o bien la documentación que permita la inscripción en el Registro Mercantil.

El día 6 de septiembre de 2016 se aporta nuevo escrito de la sociedad del que resulta la certificación a que se ha hecho referencia anteriormente y escrito de don….en representación de la sociedad de auditoría del que resulta que ya fue comunicada su aceptación y que el informe se realizaría a la mayor brevedad posible.

Nuevamente requerida la sociedad, por medio de escrito presentado en fecha 11 de octubre de 2016 se reitera la información anterior y se afirma que el informe de auditoría no está completado por problemas familiares del auditor solicitando prórroga.

El día 19 de octubre se vuelve a requerir a la sociedad en términos similares a la anterior ocasión sin que se produjera contestación por parte de la sociedad por lo que es requerida de nuevo por medio de oficio del día 2 de febrero de 2017.

III

El registrador mercantil de Barcelona núm. 16, don Francisco Javier González del Valle García dictó resolución en fecha 19 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado pues si bien está acreditado que el nombramiento fue llevado a cabo por el administrador social el día 31 de diciembre de 2015 la sociedad, a pesar de los múltiples requerimientos que ha recibido, no ha garantizado en modo alguno el derecho de la socia solicitante a que se lleve a cabo la auditoría solicitada.

IV

Don ….., en la representación que ostenta, por escrito de fecha 16 de mayo de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente a: «1.º Que el registrador mercantil no debería haber admitido a trámite la solicitud al estar presentada fuera de plazo. La instancia solicitaba la auditoría del ejercicio 2014 y tal error no era subsanable al no tratarse de una confusión. 2.º Que la solicitante, cuando presentó el escrito, carecía de legitimación pues no había aceptado las participaciones sociales de la sociedad ni había comunicado de forma fehaciente a la sociedad su calidad de socia. Que la socia aportó escritura de herencia de 2007 y la escritura de adición de herencia de 21 de abril de 2016 que es cuando aceptó las participaciones sociales, de donde resulta que hasta esta última fecha no tenía legitimación. 3.º Que la inscripción de auditor se había llevado a cabo a través de este expediente por lo que la inscripción debía haberse realizado de oficio por el registrador mercantil. 4.º Que se ha producido la caducidad del expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Es evidente que el recurso no puede prosperar pues ninguna de las alegaciones que contiene el escrito desvirtúa la resolución del registrador mercantil de Barcelona.

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, 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 art. 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 sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 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».

A falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil.

En el expediente que provoca la presente, aunque la sociedad ha justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud de los socios 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 a pesar de que el registrador mercantil le ha proporcionado numerosas oportunidades para hacerlo. Iniciado el procedimiento a que se refiere el artículo 265. 2 de la Ley de Sociedades de Capital el interés protegible consistente en 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), debe ser garantizado bien porque el registrador mercantil designe auditor sin cuyo informe se impida el depósito de las cuentas anuales, bien porque el auditor voluntario previamente designado elabore e incorpore el informe de verificación.

Es de especial relevancia que a la fecha de la presente y transcurridos todos los plazos concedidos a la sociedad recurrente, ni ha inscrito el nombramiento de auditor ni ha acreditado en modo alguno que las cuentas correspondientes al ejercicio 2015 hayan sido objeto de verificación, a pesar del transcurso de más de un año desde que debieron ser formuladas.

2. Enlazando con lo anterior es inadmisible la afirmación del escrito de recurso relativa a que la inscripción debería haberla practicado de oficio el registrador mercantil. La inscripción del nombramiento de auditor tiene el carácter de obligatoria como resulta de los artículos 19.2 y 22.2 del Código de Comercio y artículos 4 y 94.1. 4.º del Reglamento del Registro Mercantil, recayendo en el órgano de administración la responsabilidad de llevarla a cabo.

El registrador mercantil actúa bajo el principio de legalidad (art. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil), y practica los asientos que se le solicitan a rogación de la persona que los presente (art. 45 del Reglamento del Registro Mercantil). En consecuencia, no puede pretender el recurrente imputar al registrador mercantil los efectos de la falta

de inscripción de un acto al que está obligada y que, pese a los numerosos requerimientos llevados a cabo, no ha practicado.

3. Tampoco es aceptable la afirmación de que la socia no era tal hasta el momento de la adición de herencia llevada a cabo en abril de 2016. Resulta del expediente que la solicitante aceptó la herencia de su padre en el año 2007, momento en el que se convierte en heredera a todos los efectos y respecto del total caudal del causante.

Como resulta de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones: «Artículo 411–5 Adquisición de la herencia. El heredero adquiere la herencia deferida con la aceptación, pero los efectos de esta se retrotraen al momento de la muerte del causante».

Tampoco es aceptable la afirmación de que la socia no había cumplido con los deberes de notificación a la sociedad al efecto de acreditar su cualidad. Con independencia de si realmente la sociedad conocía o no al tiempo de la presentación de la solicitud, que la instante ostentaba la condición de socio, es doctrina reiterada (*vide* resolución de 6 de septiembre de 2011 por todas), que no puede alegarse falta de notificación de adquisición de la cualidad de socio por cuanto dicha circunstancia carece de transcendencia en el procedimiento ya que el traslado de la instancia solicitando el nombramiento de auditor de cuentas, efectuada por el Registrador Mercantil, junto con el principio de prueba aportado por aquél, tiene los efectos de la comunicación exigida por el artículo 123.3 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. No es aceptable la afirmación de que la solicitud de designación de auditor es extemporánea. Resulta del expediente que la solicitante presentó su solicitud durante el plazo establecido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y si bien es cierto que subsanó las deficiencias observadas por el registrador, a requerimiento de este, con posterioridad al plazo de tres meses previsto en aquél, tal circunstancia no modifica en absoluto la tempestividad de la solicitud. Así resulta del artículo 68.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

No puede, en definitiva, ampararse la pretensión de la sociedad que pretende dar un alcance desmedido a lo que constituye un mero error de solicitud que no puede desvirtuar el hecho de que la socia solicitante se acoge al derecho que le reconoce el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital (*vide* resoluciones de 7 de septiembre de 2007 y 26 de junio de 2014, entre otras).

4. Finalmente, es inaceptable la afirmación de que el expediente ha caducado. El escrito de recurso no fundamenta en absoluto la alegación de dicho motivo de recurso que debe ser rechazado de plano al no producirse ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 95.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas conforme al cual: «1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la Administración le advertirá que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del procedimiento. Consumido este plazo sin que el particular

requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándoselo al interesado. Contra la resolución que declare la caducidad procederán los recursos pertinentes.».

En el expediente que da lugar a la presente la interesada que ha iniciado el procedimiento ha actuado diligentemente contestando al único requerimiento que le ha practicado el registrador mercantil, motivo por el que este no le ha requerido de caducidad en momento alguno y motivo por el que no ha existido declaración de caducidad.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona núm. 16, don Francisco Javier González del Valle García de fecha 19 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 22 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 27 de junio de 2017

En el expediente 131/2017 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Gas Natural Redes GLP, S.A.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 22 de junio de 2017, con entrada en este Ministerio el mismo día 22 de junio, el registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, de conformidad con lo establecido en el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil, remite a esta Dirección General expediente en relación con el nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2016 de la sociedad «Gas Natural Redes GLP, S.A.», concurriendo circunstancias excepcionales previstas en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

II

Forman parte de dicho expediente la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 15 de junio de 2017, formulada por don ….., en nombre y representación de la sociedad, así como la resolución de fecha 22 de junio de 2017 del registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, resolviendo sobre la procedencia de tal nombramiento y elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 15 de junio de 2017 formulada por don….., en nombre y representación de la sociedad, en su condición de miembro del Consejo de Administración, y según manifiesta el interesado, resulta que:

1.º La citada sociedad está obligada a la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión por auditor de cuentas.

2.º Que ha finalizado el ejercicio a auditar y no ha sido nombrado auditor de cuentas por la Junta.

3.º Que la entidad «Gas Natural Redes GLP, S.A.», pertenece al grupo denominado «Gas Natural Fenosa», cuya matriz es «Gas Natural SDG, S.A.».

4.º Que como consta en el registro mercantil de Barcelona, todas las entidades pertenecientes al grupo «Gas Natural Fenosa» durante el ejercicio de 2016 fueron auditadas por «PricewaterhouseCoopers Auditores, S.L.», motivo por el cual estima el solicitante que existe una circunstancia especial prevista en el art. 356 del Reglamento del Registro Mercantil por lo que, en aras a una mayor eficacia, rapidez en la elaboración de la auditoría, economía para la compañía que solicita el nombramiento de auditor y conocimiento del grupo, se interesa que sea designada como entidad auditora de «Gas Natural Redes GLP, S.A.» para los ejercidos 2016, 2017 y 2018 a «PricewaterhouseCoopers Auditores, S.L.».

En virtud de lo anterior, solicita el interesado que:

1.º Se proceda al nombramiento de auditor que realice la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión, relativo a los ejercicios económicos 2016, 2017 y 2018 en los términos y a los efectos previstos en el artículo 265.1 Ley de Saciedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

2.º Que dicho nombramiento se efectúe a favor de «PricewaterhouseCoopers Auditores, S.L.», por las razones expuestas en su escrito referido.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, resolvió con fecha 22 de junio de 2017 sobre la procedencia de tal nombramiento y elevó el expediente a esta Dirección General. En concreto, resuelve que procede el nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2016 de la sociedad «Gas Natural Redes GLP, S.A.» al concurrir las siguientes circunstancias excepcionales previstas en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil:

1.º Que la sociedad «Gas Natural Redes GLP, S.A» pertenece al grupo denominado «Gas Natural Fenosa» cuya matriz es la sociedad «Gas Natural SDG, S.A.».

2.º Que la sociedad «Gas Natural SDG, S.A.» tiene nombrado auditor a «PricewaterhouseCoopers Auditores, S.L.» para sus cuentas propias y del grupo consolidado para el ejercicio 2016.

3.º Que el promotor del expediente manifiesta que la sociedad «Gas Natural Redes GLP, S.A.» está obligada a la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión por auditor de cuentas y la misma se constituyó en fecha 21 de julio de 2016.

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 sólo 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 a que se refiere el número III de los Hechos resultan las circunstancias por las que se solicita la aplicación del procedimiento excepcional de nombramiento, y que no se reiteran por haber sido ya reproducidas en dicho número.

3. Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, resolvió con fecha 22 de junio de 2017 sobre la procedencia de tal nombramiento, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y de la resolución del registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, de fecha 22 de junio de 2017, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor por cuanto concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo y porque la elaboración y auditoría de las cuentas anuales y del informe de gestión de la sociedad peticionaria del ejercicio 2016, así como las del grupo consolidado a que la misma pertenece, han sido verificadas por una misma entidad auditora, lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante.

Consecuencia de lo anterior, procede que esta Dirección General 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 en este punto.

En su virtud, esta Dirección General resuelve:

1.º Confirmar la procedencia de 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 «Gas Natural Redes GLP, S.A.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al Registro Mercantil de Barcelona al nombramiento de la firma auditora «PricewaterhouseCoopers Auditores, S.L.» para que lleve a cabo las labores de auditoría correspondientes al ejercicio 2016, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al Registro Mercantil de Barcelona a fin de que proceda al referido nombramiento.

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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 27 de junio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 4 de julio de 2017 (1)

En el expediente 89/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tierra Augusta, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. Lee presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, 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 «Tierra Augusta, S.L.» (titular del 25 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 5 de abril en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, recibido el día 17 del mismo mes, sin formular oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El registrador mercantil de Zaragoza, don Joaquín Rodríguez Hernández, dictó resolución de fecha 27 de abril de 2017 por la que resolvió la no procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minorista, dando traslado de tal resolución por 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 19 de mayo se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de la misma fecha suscrito por el solicitante don …..

IV

En dicho escrito don ….. Lee interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 27 de abril, en base al siguiente argumento esencial: «en la fecha en la que don ….. Lee presentó ante el Registro Mercantil de Zaragoza la solicitud de nombramiento de auditor para la compañía mercantil «Tierra Augusta S.L.» (31-03-2017), carecía de la condición de administrador solidario de la compañía al haber sido cesado en Junta General celebrada con carácter universal el 17 de enero de 2017 en la notaría de D. Augusto Ariño García Belenguer sita en Zaragoza»; concluyendo por tanto que debería dictarse resolución revocando la resolución de 27 de abril de 2017 que por el presente escrito se impugna, procediendo a nombrar auditor para las cuentas anuales de 2016 de la compañía mercantil «Tierra Augusta S.L.» al haber quedado acreditado que don ….. en la fecha en la que se presentó ante el Registro Mercantil de Zaragoza la solicitud de nombramiento de auditor para la compañía mercantil Tierra Augusta S.L. (31-03-2017) carecía de la condición de administrador solidario de la compañía al haber sido cesado en la Junta General celebrada el 17 de enero de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 dado que el fundamento anteriormente expuesto carece de virtualidad para fundamentar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Efectivamente, no puede sostenerse la conclusión que se sigue por el socio solicitante de que, pese a haber ostentado el cargo de administrador solidario durante la totalidad del ejercicio social correspondiente al año 2016, ostenta dicho derecho ya que fue cesado con posterioridad a su finalización pero antes de iniciar el correspondiente expediente.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado 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, 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras).

2. Como resulta del propio escrito de recurso en el supuesto de hecho que da lugar a la presente, el socio solicitante ha sido efectivamente administrador solidario de la sociedad durante el ejercicio cuya contabilidad solicita auditar, sin perjuicio de ser cesado por acuerdo de la Junta General de 17 de enero de 2017.

Ahora bien, el hecho de instar el nombramiento de auditor con posterioridad al mencionado cese en nada modifica la doctrina anteriormente expuesta, ya que hasta ese momento ha gozado de la facultad de 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 sin haberlo hecho. Por tanto, debe concluirse que no cabe apreciar la concurrencia del oportuno interés protegible en el socio solicitante.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Zaragoza, don Joaquín Rodríguez Hernández, de fecha 27 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 4 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Zaragoza.

Resolución de 4 de julio de 2017 (2)

En el expediente 90/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tierra Cafe ZGZ, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. Lee presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, 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 «Tierra Cafe ZGZ, S.L.» (titular del 25% del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 5 de abril en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, recibido el día 10 del mismo mes, sin formular oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El registrador mercantil de Zaragoza, don Joaquín Rodríguez Hernández, dictó resolución de fecha 27 de abril de 2017 por la que resolvió la no procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minorista, dando traslado de tal resolución por 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 19 de mayo se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso fechado el 17 de mayo suscrito por el solicitante don …..

IV

En dicho escrito don ….. Lee interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 27 de abril, en base al siguiente argumento esencial: «en la fecha en la que don ….. Lee presentó ante el Registro Mercantil de Zaragoza la solicitud de nombramiento de auditor para la compañía mercantil «Tierra Cafe ZGZ S.L.» (31-03-2017), carecía de la condición de administrador solidario de la compañía al haber sido cesado en Junta General celebrada el 16 de enero de 2017 en la notaría de D. Augusto Ariño García Belenguer sita en Zaragoza»; concluyendo por tanto que debería dictarse resolución revocando la resolución de 27 de abril de 2017 que por el presente escrito se impugna, procediendo a nombrar auditor para las cuentas anuales de 2016 de la compañía mercantil Tierra Cafe ZGZ S.L. al haber quedado acreditado que don ….. en la fecha en la que se presentó ante el Registro Mercantil de Zaragoza la solicitud de nombramiento de auditor para la compañía mercantil Tierra Cafe ZGZ S.L. (31-03-2017) carecía de la condición de administrador solidario de la compañía al haber sido cesado en la Junta General celebrada el 16 de enero de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 dado que el fundamento anteriormente expuesto carece de virtualidad para fundamentar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Efectivamente, no puede sostenerse la conclusión que se sigue por el socio solicitante de que, pese a haber ostentado el cargo de administrador solidario durante la totalidad del ejercicio social correspondiente al año 2016, ostenta dicho derecho ya que fue cesado con posterioridad a su finalización pero antes de iniciar el correspondiente expediente.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado 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, 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras).

2. Como resulta del propio escrito de recurso en el supuesto de hecho que da lugar a la presente, el socio solicitante ha sido efectivamente administrador solidario de la sociedad durante el ejercicio cuya contabilidad solicita auditar, sin perjuicio de ser cesado por acuerdo de la Junta General de 16 de enero de 2017.

Ahora bien, el hecho de instar el nombramiento de auditor con posterioridad al mencionado cese en nada modifica la doctrina anteriormente expuesta, ya que hasta ese momento ha gozado de la facultad de 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 sin haberlo hecho. Por tanto, debe concluirse que no cabe apreciar la concurrencia del oportuno interés protegible en el socio solicitante.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Zaragoza, don Joaquín Rodríguez Hernández, de fecha 27 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 4 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Zaragoza.

Resolución de 4 de julio de 2017 (3)

En el expediente 91/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gestión Hostelera Grupo Tierra, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, 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 «Gestión Hostelera Grupo Tierra, S.L.» (titular del 25 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 5 de abril en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, recibido el día 10 del mismo mes, sin formular oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El registrador mercantil de Zaragoza, don Joaquín Rodríguez Hernández, dictó resolución de fecha 27 de abril de 2017 por la que resolvió la no procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minorista, dando traslado de tal resolución por 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 19 de mayo se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso fechado el 17 de mayo suscrito por el solicitante don …..

IV

En dicho escrito don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 27 de abril, en base al siguiente argumento esencial: «en la fecha en la que don ….. presentó ante el Registro Mercantil de Zaragoza la solicitud de nombramiento de auditor para la compañía mercantil «Gestión Hostelera Grupo Tierra S.L.» (31-03-2017), carecía de la condición de administrador solidario de la compañía al haber sido cesado en Junta General universal celebrada el 17 de enero de 2017 en la notaría de D. Augusto Ariño García Belenguer sita en Zaragoza»; concluyendo por tanto que debería dictarse resolución revocando la resolución de 27 de abril de 2017 que por el presente escrito se impugna, procediendo a nombrar auditor para las cuentas anuales de 2016 de la compañía mercantil «Gestión Hostelera Grupo Tierra S.L.» al haber quedado acreditado que don ….. en la fecha en la que se presentó ante el Registro Mer-

cantil de Zaragoza la solicitud de nombramiento de auditor para la compañía mercantil «Gestión Hostelera Grupo Tierra S.L.» (31-03-2017) carecía de la condición de administrador solidario de la compañía al haber sido cesado en la Junta General universal celebrada el 17 de enero de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 dado que el fundamento anteriormente expuesto carece de virtualidad para fundamentar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Efectivamente, no puede sostenerse la conclusión que se sigue por el socio solicitante de que, pese a haber ostentado el cargo de administrador solidario durante la totalidad del ejercicio social correspondiente al año 2016, ostenta dicho derecho ya que fue cesado con posterioridad a su finalización pero antes de iniciar el correspondiente expediente.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado 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, 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras).

2. Como resulta del propio escrito de recurso en el supuesto de hecho que da lugar a la presente, el socio solicitante ha sido efectivamente administrador solidario de la sociedad durante el ejercicio cuya contabilidad solicita auditar, sin perjuicio de ser cesado por acuerdo de la Junta General de 17 de enero de 2017.

Ahora bien, el hecho de instar el nombramiento de auditor con posterioridad al mencionado cese en nada modifica la doctrina anteriormente expuesta, ya que hasta ese momento ha gozado de la facultad de 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 sin haberlo hecho. Por tanto, debe concluirse que no cabe apreciar la concurrencia del oportuno interés protegible en el socio solicitante.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Zaragoza, don Joaquín Rodríguez Hernández, de fecha 27 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 4 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Zaragoza.

Resolución de 4 de julio de 2017 (4)

En el expediente 105/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Solum Drilling Cimentaciones Especiales, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Murcia, en el que tuvo su entrada el día 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 «Solum

Drilling Cimentaciones Especiales, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

En concreto de la instancia resulta que es socio de la sociedad y que junto con su marido son titulares de 1440 participaciones de la sociedad. Acompaña copia de la escritura de constitución de la que resulta que comparece, entre otros, don ….., casado en gananciales con la solicitante, quien suscribe 2000 participaciones (de las 6000 que integran el capital social). Acompaña igualmente escritura pública en la que comparecen los dos cónyuges y de la que resulta: que don ….. es dueño con carácter ganancial de 560 participaciones de la sociedad y que ambos las venden a un tercero, quedando don ….. tras la venta como titular de 1440 participaciones sociales. Finalmente acompaña copia de la escritura de fecha 15 de septiembre de 2015 en la que ambos cónyuges manifiestan haber contraído matrimonio el día 29 de marzo de 2008 rigiéndose por el sistema de comunidad de gananciales pactando a continuación el de separación absoluta de bienes regulado en el Código Civil. No resulta la liquidación del régimen de gananciales.

II

La sociedad contestó a la pretensión del socio alegando que la solicitante no es socia de la sociedad por serlo su marido si bien con carácter ganancial; que la ganancialidad es a efectos internos, pero no externos pues la titularidad de las participaciones es exclusivamente del socio suscriptor. Que el Código Civil no legitima al socio para ejercer los derechos del socio cuando la participación es ganancial. Que no obstante y conocedora la sociedad de la doctrina de esta Dirección General de los Registros y del Notariado, aun no compartiendo la petición, consienten en la designación de un auditor.

III

El registrador mercantil de Murcia núm. 2, don Bartolomé Nieto García dictó resolución en fecha 17 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la solicitud y denegar el nombramiento del auditor solicitado en aplicación de la doctrina de esta Dirección General de los Registros y del Notariado sobre legitimación en el caso de sociedad de gananciales disuelta y no liquidada (resolución de 25 de junio de 2015).

IV

Doña ….., por escrito de fecha 24 de mayo de 2017, que tuvo entrada el día 26 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Murcia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «Que ante el resultado económico del ejercicio la única forma de saber que las cuentas plasman la realidad es solicitar el nombramiento de auditor. Que la solicitud de auditor no entraña facultad alguna de disposición al tratarse de un mero acto de gestión y buena administración. Que, aunque se afirma en la resolución que es preciso acreditar el nombramiento a que se refiere el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital se está confiriendo a don ….. una legitimación que a ella se le niega pues es la persona encargada de presentar las cuentas anuales (en las cuentas del ejercicio 2015). Que en un supuesto similar al de la presente la Audiencia de la Coruña en sentencia de 11 de marzo de 2010 resolvió a favor de la solicitante como lo hizo la sentencia del juzgado de lo mercantil núm. 10 de los de Madrid en sentencia de 6 de febrero de 2015 (15/2015, autos 34/2014).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 pues la solicitante, no siendo socia de la sociedad, no ha conseguido acreditar una legitimación que la faculte para el ejercicio del derecho que al socio reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Resulta de los hechos lo siguiente: Que el marido de la solicitante es socio de la sociedad, que las participaciones de que es titular tienen carácter ganancial, que los cónyuges han disuelto la sociedad de gananciales y pactado separación de bienes sin que resulte del expediente que se haya procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales. Siendo tales los hechos no procede sino la confirmación de la resolución del registrador mercantil.

Tiene declarado esta Dirección General que, como ha mantenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras la disolución del matrimonio se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad postganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por cualquiera de los cónyuges pero, en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1998 y 10 de julio de 2005).

En base a la misma doctrina se ha considerado reiteradamente por esta Dirección que acreditado el carácter ganancial de las participaciones y la concurrencia de causa de disolución, el cónyuge no titular estaba legitimado para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital afirmando que no debe confundirse el supuesto de comunidad postganancial con el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

3. Esta doctrina ha sido objeto de revisión pues no existe una causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad. Así lo expresa el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con toda claridad: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Así lo ha afirmado de forma reiterada esta Dirección en relación a otras comunidades de tipo germánico como la que surge al fallecimiento del socio titular entre los llamados a su herencia (resoluciones de 28 de julio y 3 de noviembre de 2014).

Consecuentemente cuando se ponga de manifiesto ante la sociedad el hecho de la disolución de la sociedad de gananciales de la que forma parte el socio titular y la consecuente existencia de una situación de cotitularidad postganancial, será de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues sólo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad (*vide* sentencia del Tribunal Supremo 50/2005 de 14 de febrero).

De conformidad con la doctrina al efecto de este Centro, ante un supuesto de comunidad se ha de exigir para ejercitar los derechos que la ley confiere al socio, o bien que concurran todos los interesados, o bien que todos ellos hubieran designado un representante para que ejercite los derechos de socio conforme lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital (resolución de 1 de agosto de 2014), circunstancia que debe ser debidamente acreditada (resolución de 7 de octubre de 2013).

Colofón de la anterior doctrina es que uno sólo de los partícipes de la comunidad postganancial no puede actuar sin que resulte su designación por el otro pues como mero titular de un porcentaje sobre un conjunto de acciones o participaciones sociales carece de legitimación para ejercitar el derecho a solicitar la verificación contable que corresponde a los dos (resolución de 4 de junio de 2014).

Así lo entiende la sentencia 45/2006 de 7 febrero, de la Audiencia Provincial de Murcia cuando afirma: «como resultado, de todo lo expuesto, que en este nuevo régimen jurídico derivado de la disolución de la sociedad de gananciales, aquellos pactos iniciales referidos al reparto de la titularidad nominal de las acciones, carecen de validez, y por tanto han de declararse nulos los acuerdos sociales adoptados conforme a los mismos en la Junta General de Socios celebrada el día 7 de mayo de 2005 por infracción de lo dispuesto en el artículo 35 LSRL relativo a las reglas de copropiedad de participaciones sociales» (en sentido similar la sentencia 393/2010, de 11 de marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña).

4. Esta regla general sólo se excepciona para el supuesto de que entre los cónyuges exista una contienda judicial pues en este caso, a falta de acuerdo, lo procedente es suspender el procedimiento de designación de auditor hasta que recaiga resolución judicial firme de la que resulte la titularidad de las acciones o participaciones.

Como ha reiterado esta Dirección (resoluciones 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 se está discutiendo en vía judicial la legitimación del conjunto de acciones o participaciones en que se funde, como ocurre en los procedimientos judiciales de separación o divorcio en los que se discute su carácter ganancial o su liquidación o ambas cuestiones.

Constituye una excepción el supuesto en el que existe un pronunciamiento del juez que conoce del procedimiento sobre la persona que debe ejercitar los

derechos inherentes a la condición de socio (*vide* resoluciones de 31 de marzo y 23 de abril de 2014), pues con independencia de a quien se atribuyan finalmente la totalidad o parte de las acciones o participaciones en liquidación se ha adoptado una medida aplicable a la situación interina que debe ser respetada tanto por la sociedad como por el registrador mercantil (*vide* sentencia 541/2010 de 9 diciembre, de la Audiencia Provincial de La Coruña en un supuesto de comunidad hereditaria).

Nada de esto resulta del expediente que provoca la presente en el que los hechos son los narrados más arriba sin que la parte solicitante haya aportado otras acreditaciones que las que se han especificado. No hay causa alguna pues para no aplicar la regla general expuesta.

5. Los argumentos de contrario del escrito de recurso no alteran las conclusiones anteriores.

En primer lugar, porque resulta evidente que la verificación contable es el medio idóneo para determinar el cumplimiento por parte de la sociedad auditada del principio de imagen fiel; es decir, para averiguar 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. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas. Pero no es esta la cuestión que resuelve este expediente sino si la solicitante tiene legitimación para obligar a la sociedad a someterse a la verificación de sus cuentas anuales por concurrir los requisitos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, cuestión que ya ha sido contestada en sentido negativo.

Tampoco es aceptable la afirmación de que no estamos ante un acto de disposición sino de mera gestión y de buena administración pues, sin negar dicha afirmación, lo relevante nuevamente no es tal cosa sino si la comunidad que recae sobre las participaciones está debidamente representada a efectos de ejercitar los derechos correspondientes al que figura como socio, cuestión que igualmente se ha contestado en sentido negativo por aplicación de la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por último, la solicitante cita en su apoyo la doctrina de la Sentencia num. 541/2010 de 9 diciembre, de la Audiencia Provincial de La Coruña. Lo cierto es que la doctrina emanada de dicha sentencia, junto a otras de otras Audiencias, fue objeto de consideración por esta Dirección General a la hora de elaborar la doctrina expuesta más arriba pues, lejos de confirmar la pretensión de la recurrente, sirve para lo contrario.

Como resulta de la propia sentencia: «c) Dado el principio de indivisibilidad de las participaciones de una sociedad limitada y a los fines externos frente a la sociedad, el artículo 35 LSRL dispone, lógicamente, para el supuesto de copropiedad de participaciones o de cotitularidad de derechos sobre las mismas, que «los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición».

También lo preceptúa el artículo 66 LSA respecto de las acciones de una sociedad anónima, así como el 126 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RD–Legislativo 1/2010 de 2–7). En línea con lo razonado en la sentencia de esta misma Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de 11/3/2010, cabe que tal representación resulte por virtud de la ley o por decisión judicial o negocio jurídico, pero en otro caso su designación deberá de efectuarse por mayoría de cuotas o intereses, como resulta de la aplicación del artículo 398 del Código Civil (TS de 19/4/1960 y 14/5/1973), o como señala la RDGRN de 17/3/1986, «esta designación queda sujeta a las reglas de la comunidad respectiva, sin que haya razón para entender que la LSA se interfiere, a tales efectos, en el régimen interno de tal comunidad, pues normalmente serán los copropietarios los que, conforme al régimen de la copropiedad, harán la designación de la persona que ha de ejercitar los derechos sociales, pero las reglas ordinarias de la copropiedad deben dejar paso, tratándose de otros tipos de comunidad, a sus disposiciones especiales». En definitiva, el representante será designado por los comuneros según el régimen interno de su comunidad, y, en su defecto, resulta de aplicación el citado artículo 398, en materia de comunidad de bienes, que determina la adopción de acuerdos por mayoría de los partícipes según su cuota o participación de intereses en la comunidad. Es indiscutible el interés de cualquier comunero en participar en la designación del representante común, con la posibilidad incluso de acudir a tales efectos a la vía judicial por aplicación del artículo 398 en su apartado tercero. El representante así designado habrá de estar debidamente apoderado para el ejercicio de los derechos que los socios ostenten frente a la sociedad, que no requiera unanimidad de los poderdantes. Lo que se pretende es que, en las relaciones externas, todo funcione, en interés de la sociedad, como sí de un solo socio se tratase».

La mera lectura de los particulares anteriores hace absolutamente inviable la pretensión de la recurrente que no ha acreditado ostentar mayoría de cuotas en la comunidad ni el consentimiento del copartícipe cuyos derechos no pueden ser postergados en este expediente en el que ostenta un evidente interés.

En consecuencia, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Murcia núm. 2, don Bartolomé Nieto García de fecha 17 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 4 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Murcia.

Resolución de 4 julio de 2017 (5)

En el expediente 106/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Metnord, S.L.»

HECHOS

I

Don ….., don ….. y don ….., presentaron un escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Gerona, en el que tuvo su entrada el día siguiente, 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 «Metnord, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que se trata de una sociedad no obligada y que, sin desconocer el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, ya existe convocada una junta general para el dia 23 de mayo de 2017. Que, en esta junta, y con el fin de respetar los derechos de información, los socios que representen más del 5% del capital social tendrán derecho a examinar por si solos o en compañía de experto, los documentos que sirven de soporte a las cuentas. 2.º Que a la luz de lo anterior la solicitud de nombramiento de auditor no añade nada significativo a la tutela de los derechos de los socios, resultando completamente redundante; por el contrario, de atender a la solicitud se entorpecería la celebración de la Junta General convocada en perjuicio de todos los socios pues habría que esperar a la elaboración del informe de verificación para que la junta las considerase, con las consecuencias que de ello se derivan y del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El registrador mercantil de Gerona núm. 2, don Javier Navarro González dictó resolución en fecha 11 de mayo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….. y doña ….., como administradores solidarios, por escrito que tuvo entrada el 22 de mayo de 2017 en el Registro Mercantil de Gerona, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos/ en base, resumidamente, a los siguientes argumentos:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 alegados por la sociedad puede enervar el hecho de que los solicitantes reúnen los requisitos establecidos en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para que por parte del registrador mercantil se proceda a la designación de auditor.

En primer lugar, porque es irrelevante a los efectos de la presente que la sociedad vaya a celebrar junta general para la aprobación de las cuentas anuales. Esta Dirección ha recordado en numerosas ocasiones (*vide* por todas, resoluciones de 17 y 26 de junio y 28 de julio de 2014), que la existencia de una convocatoria de Junta General, incluso si en la misma se ha incluido en el orden del día el nombramiento voluntario de auditor, no constituye un obstáculo para que pueda prosperar la solicitud del socio.

Es cierto que la previsión legal es que, dados los plazos de formulación de las cuentas (art. 253 de la Ley de Sociedades de Capital) y de elaboración del informe de verificación (art. 270), pueda al tiempo de convocarse la Junta que ha de deliberar y en su caso aprobar las cuentas tener a disposición de los socios el informe ya realizado. Así lo dispone el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital al establecer: «2. A partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas. En la convocatoria se hará mención de este derecho». Pero como resulta del propio precepto la existencia del informe de auditoría no condiciona la convocatoria de modo que la Junta General puede celebrarse aun cuando el informe de verificación no se haya realizado sin perjuicio de las consecuencias que de ello puedan derivarse, incluida la reformulación de las cuentas (art. 270 de la Ley). Téngase en cuenta que son muchas las circunstancias que pueden influir en la realización del informe de verificación y que pueden retrasar su terminación. En ningún caso dicha circunstancia condiciona la realización de la Junta que ha de aprobar las cuentas ni supone una alteración de los plazos legales.

En consecuencia, el ejercicio por el socio minoritario del derecho que le reconoce la Ley en el artículo 265.2 ni suspende la convocatoria de la Junta ni supone una alteración de la vida social en los términos en que lo plantea el escrito de recurso.

Por las mismas razones no puede sostenerse que realizada la convocatoria carece de sentido el nombramiento de auditor. Bien al contrario, el derecho

reconocido al socio a obtener, mediante la designación de un auditor por el registrador mercantil, un informe sobre la fiabilidad de las cuentas, es independiente de si la Junta ha sido convocada o no e incluso de si las mismas han sido o no aprobadas con anterioridad (sin perjuicio de que, como queda dicho, la previsión sea que el informe se ponga a disposición de los socios al tiempo de la convocatoria). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es poner a disposición del socio un informe de verificación al tiempo de la convocatoria de Junta sino determinar 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. 4 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), y este interés protegible no depende ni de la convocatoria de la Junta ni de la aprobación de las cuentas como resulta de la simple lectura del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Tampoco es aceptable la objeción de que los socios que ostenten el 5% como mínimo del capital podrán ejercitar su derecho de información en relación a la propuesta de aprobación de las cuentas anuales. Esta Dirección ha reiterado que la subordinación del derecho de auditoría al de información no está contemplada ni en la Ley ni en el Reglamento del Registro Mercantil por lo que no puede traerse en detrimento del derecho individual del socio contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital (*vide* 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). 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, con independencia de si han ejercitado previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o de si, efectivamente han tenido acceso a dicha información por cualquier circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador (*vide* artículos 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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Gerona núm. 2, don Javier Navarro González de fecha 11 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 4 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Gerona.

Resolución de 4 de julio de 2017 (6)

En el expediente 107/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de una interesada de «Radiodiagnóstico 3D, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 16 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Toledo, en el que tuvo su entrada el día 29 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 ganancial del 100% del capital social de «Radiodiagnóstico 3D, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La registradora mercantil notificó por correo certificado a la sociedad resultando del certificado de correos que la entrega domiciliaria no se había realizado por «ausente de reparto» y que no había sido retirado el certificado en Oficina.

Mediante anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de fecha 21 de abril de 2017, se lleva a cabo la notificación a la sociedad afectada.

Mediante resolución de fecha 3 de mayo de 2017, la registradora mercantil designa auditor.

III

Por escrito de 9 de mayo de 2017, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo día, don ….., pone de manifiesto: que es el administrador único y único titular del 100% del capital de la sociedad; ha tenido conocimiento de la existencia de la designación de auditor por comunicación de este; que solicita: que se acuerde la notificación de la solicitud de designación de auditor, así como traslado del expediente. Que existe pendiente un procedimiento por divorcio en apelación ante la Audiencia sin que exista practicada liquidación de la sociedad conyugal.

IV

La registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López dictó resolución en fecha 19 de mayo de 2017 por la que acordó: que la sociedad fue debidamente notificada y que la oposición se ha presentado fuera de plazo. Que se suspende el procedimiento de designación de auditor al existir contienda judicial entre las partes hasta que recaiga resolución judicial firme sin perjuicio de notificar al auditor designado cuya aceptación no se ha producido.

V

Don ….., como administrador único, por escrito de fecha 1 de junio de 2017, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Toledo, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «Que de los hechos relativos a las notificaciones practicadas no cabe deducir que se haya hecho en forma pues sólo hubo un intento de notificación dejando un aviso que nadie recogió por lo que se ha perjudicado la defensa sin que se entienda practicada la notificación. Que no resulta ni el día ni la hora en que se intentó la entrega en dos repartos consecutivos, ni las concretas causas que impidieron la entrega, que la notificación edictal es residual y exige el agotamiento de las posibilidades de notificación. Que no se acepta la designación de auditor ni su suspensión pues hasta que no recaiga sentencia firme el único socio es el recurrente debiendo declarar que no ha lugar al nombramiento y sin perjuicio de lo que resulte del procedimiento judicial en marcha. Que el cónyuge no socio no puede ejercitar los derechos derivados de la condición de socio a menos que tenga poderes, pero quedan revocados conforme el artículo 102 por la admisión de demanda de separación o divorcio. Que solicitan copia del expediente que no se le ha facilitado lo que provoca indefensión. Que solicita la nulidad de actuaciones con efectos *ex tunc* y, en su defecto, la anulación de la resolución acordando no haber lugar al nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas del ejercicio 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 40, 42, 44, 48, 53, 86, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 escrito de recurso plantea una cuestión formal que debe ser resuelta con carácter prioritario pues de la respuesta que a la misma se dé dependerá la relativa a la cuestión de fondo. El escrito de recurso pone de manifiesto que en la tramitación del expediente existe un error consistente en que sólo se practicó una notificación personal y que tuvo conocimiento de la existencia del expediente por la comunicación que le hizo el auditor designado por la registradora mercantil. Igualmente pone de manifiesto que a pesar de haber solici-

tado en dos ocasiones que se le pusiera de manifiesto el expediente, a efectos de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, no se ha cumplido su requerimiento.

Como ha afirmado esta Dirección en múltiples ocasiones bajo la vigencia de la derogada Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (*vide* 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, hoy la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (*vide* al respecto, resolución de esta Dirección de fecha 22 de noviembre de 2015 en contestación a consulta realizada por el Registro Mercantil de Madrid).

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 68.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; b) que las notificaciones que el registrador mer-

cantil realice en el curso del procedimiento deben llevarse a cabo, mientras que no exista una disposición en contrario, por los trámites del artículo 42 de la propia Ley; c) que los interesados deben disfrutar en el curso del procedimiento de los derechos que a los mismos se reconoce en el artículo 53 de la reiterada norma de procedimiento en la medida en que sean compatibles con los trámites del Reglamento del Registro Mercantil; d) 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 (si no hay oposición), o en el general de un mes previsto en el artículo 122.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, (si ha existido oposición, *vide* la resolución de fecha 21 de junio de 2016 de esta Dirección de respuesta a consulta realizada por el Registro Mercantil de Barcelona).

2. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en vigor desde el día 2 de octubre de 2016, establece en su artículo 40.1 que: «*El órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos los notificará a los interesados cuyos derechos e intereses sean afectados por aquéllos, en los términos previstos en los artículos siguientes*».

Más adelante, en el artículo 42.2 establece: «Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación. Si el segundo intento también resultara infructuoso, se procederá en la forma prevista en el artículo 44».

Y el artículo 44 determina: «Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada ésta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el "Boletín Oficial del Estado"».

Finalmente dispone el artículo 53.1. a) e):«Además del resto de derechos previstos en esta Ley, los interesados en un procedimiento administrativo, tienen los siguientes derechos: a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trá-

mite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos. e) A formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico, y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución».

3. A la luz de las consideraciones anteriores es evidente que el procedimiento no se ha desarrollado por los trámites previstos legalmente. Del expediente resulta que llevada a cabo la primera notificación en el domicilio social y siendo la misma infructuosa se procedió directamente a llevar a cabo la notificación por edicto publicado en el «Boletín Oficial del Estado» y, a continuación, se dictó resolución estimatoria, siendo así que la norma exige la reiteración de la notificación domiciliar. También resulta que, personado el interesado en el procedimiento, y solicitado el traslado del expediente, no se llevó a cabo.

De los hechos anteriores resulta que la sociedad, interesada en este expediente, se ha visto o se ha podido ver perjudicada por la ausencia de cumplimiento de unos trámites determinantes en el ejercicio de los derechos que en el procedimiento le son reconocidos. No obsta a la afirmación anterior que, en posterior resolución, y en vista de las alegaciones de la propia sociedad, una vez personada, la registradora haya dictado nueva resolución de suspensión de efectos, pues lo relevante es que se dictó resolución estimatoria inaudita parte y sin que los trámites de notificación se llevasen a cabo en la forma establecida por el ordenamiento.

El artículo 48.1.2 de la reiterada Ley de Procedimiento Administrativo establece que: «Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados».

4. De las consideraciones anteriores resulta que el procedimiento se ha tramitado sin el necesario respeto al principio de igualdad entre las partes. No procede en consecuencia que esta Dirección se pronuncie ahora sobre la cuestión de fondo pues para ello habría sido preciso que la sociedad respecto de la que se solicita el nombramiento de auditor hubiera dispuesto de la documentación necesaria para fundamentar su decisión de oponerse a la solicitud.

En consecuencia, esta Dirección General resuelve:

1.º Dejar sin efecto las resoluciones de la registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López de fecha 3 y 19 de mayo de 2017.

2.º Retrotraer el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento en que se presentó la instancia por parte de la solicitante y devolver el expediente a la citada registradora a fin de que proceda a notificar a la sociedad afectada el contenido de la solicitud en la forma prevista en el

artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil y de acuerdo a las previsiones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 4 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Toledo.

Resolución de 4 de julio de 2017 (7)

En el expediente 108/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Luis Magro, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en representación de ….., presentó escrito de fecha de 29 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de La Coruña, 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 «Luis Magro, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando, en esencia: 1. Falta de legitimación de la solicitante, dado que no acredita su condición de socia. 2. Existencia de prejudicialidad civil, ya que existe presentada en el Juzgado Número 2 de La Coruña, autos de diligencia preliminares 151/2016 en el que se contiene la misma solicitud. 3 Mala fe de la solicitante, dado que la solicitud ha sido presentada el último día del plazo legal, añadiendo, además, que la ley no puede suponer un menoscabo a las funciones de la sociedad puesto que cabe la posibilidad de que a la fecha de la solicitud las cuentas ya estuviesen aprobadas y presentadas en el Registro Mercantil lo que conculcaría los derechos de la sociedad.

III

El registrador mercantil de La Coruña, don Juan Carlos García Nieto, dictó resolución de fecha 25 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 5 de junio de 2017, que tuvo entrada el 7 de junio de 2017 abril en el Registro Mercantil de La Coruña, 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 la notificación de la resolución no hace mención suficientemente clara al tipo de recurso que cabe contra la resolución recaída en el expediente de nombramiento de auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Como cuestión previa relativa a la insuficiencia a la hora de indicar el recurso procedente contra la resolución del registrador, es preciso tener en cuenta que el objeto de este expediente se limita a decidir si concurren o no los requisitos de tiempo y legitimación que exige el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital por lo que, como afirma el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil, sólo cabe oposición en los términos estrictos que delimitan el supuesto.

La resolución impugnada no adolece de ninguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 40 de la Ley 39/2015, ni puede ser apreciado un defecto de forma que produzca indefensión al recurrente en los términos previstos en el artículo 41 del mismo cuerpo legal. La resolución impugnada desestima la oposición de la sociedad, no obstante, 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 sin que la insuficiente mención en la resolución relativa a los recursos le haya impedido o frustrado su interposición ante esta Dirección General.

Esta doctrina es plenamente congruente con la asentada en la materia por nuestro Tribunal Constitucional que en su 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 recurren-

tes 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 las deficiencias de la misma resultan constitucionalmente irrelevantes si no impiden la debida tutela del interesado teniendo expedito el ejercicio de los derechos legalmente reconocidos (Sentencia de 13 de noviembre de 2000).

2. El primer motivo de recurso se fundamenta en la falta de legitimación del solicitante al carecer de la condición de socio y, como contrapartida, la de la enervación, en su caso, por parte de la sociedad. Dicha cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo 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 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).

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

dad probar –y no lo ha hecho que el accionista ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que está legitimado para solicitar la auditoría.

3. En tercer lugar, y relativo a la prejudicialidad civil deben tenerse en cuenta dos aspectos, la legitimación del solicitante y la competencia del registrador. En cuanto al primero, como tiene declarado esta Dirección General (resoluciones de 17 de noviembre de 1999, 10 de julio de 2008 y 28 de julio de 2014); el requisito del 5% previsto por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para solicitar en el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio social el nombramiento de auditor, debe ostentarse en el momento de solicitar su aplicación, sólo en el supuesto que se desprenda la existencia de un número de acciones o participaciones que habría necesitado para mantener su proporción de capital, se debe suspender la tramitación en tanto que el nuevo adquirente no comunique la intención de sostenerla, no obstante en el caso que nos ocupa se cumplen ambos requisitos. En cuanto a la solicitud de auditor ante la autoridad judicial no es causa de suspensión o terminación del expediente, 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.

4. En cuarto lugar, y por lo que se refiere 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

En consecuencia, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de La Coruña, don Juan Carlos García Nieto, de fecha 25 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 4 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de La Coruña.

Resolución de 4 de julio de 2017 (8)

En el expediente 109/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de la herencia yacente de un socio de «Arrendamiento Siglo XXI, S.L.».

HECHOS

I

Con fecha 30 de marzo de 2017 se presenta instancia suscrita por la herencia yacente de don ….. de fecha, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que se solicita, 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 «Arrendamiento Siglo XXI.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016. A la solicitud se acompaña copia del testamento de don ….. en el que tres mil participaciones de dicha sociedad son objeto de legado por la cláusula primera a doña …..

II

Con fecha 6 de abril de 2017 fue requerido el solicitante para acreditar la identidad de la persona física por la que actúa la herencia yacente, así como acreditar su legitimación

dado que a la solicitud se acompaña el testamento del causante del que resulta que las participaciones de la sociedad fueron legadas a una persona física que no se corresponde con el solicitante ni acredita ser representante de la misma. Con fecha 21 de abril se aportó la liquidación del impuesto de sucesiones y donaciones del causante en la que se incluían dichas participaciones y se identificó el firmante de la solicitud como don …..

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando la falta de legitimación de la herencia yacente y del requirente.

IV

El registrador mercantil de Madrid, don Francisco Javier Serrano Villar, dictó resolución en fecha 12 de mayo de 2017, por la que acordó admitir la oposición y desestimar el nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ….., por escrito de fecha 2 de junio de 2017, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Madrid el mismo día, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, aportando para justificar la legitimación escritura de donación de participaciones sociales realizada por don ….. y ….. a favor de don ….., ….. y ….. y otorgada ante el notario de Madrid Ricardo Ferrer González con fecha 28 julio 2014, protocolo 1343.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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.

Para la resolución de este expediente deben tenerse en cuenta dos hechos relevantes, en primer lugar, la herencia yacente fue requerida por el Registrador Mercantil en aras a la identificación del representante de la misma herencia, así como para la aportación de los documentos que justificasen la titularidad de las participaciones exigidas por ley para tramitación del expediente. Los documentos aportados para acreditar la condición de socio en la sociedad «Arrendamiento Siglo XXI», son el testamento del causante en el que las participaciones se legan a una persona que no interviene en este expediente directamente ni por representante y también el modelo de liquidación presentado en la Agencia Tributaria sobre la liquidación del impuesto de sucesiones en la que se declaran en el patrimonio del causante las participaciones de la referida sociedad. Igual-

mente, se aporta con el recurso escritura de donación de participaciones sociales arriba mencionada, si bien, de dicha escritura no resulta la donación de participaciones de la sociedad Arrendamiento Siglo XXI, sino de otras sociedades diferentes. Por ello, 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 art. 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 el solicitante no ha aportado principio de prueba del que se desprendan los derechos que ostenta, ni como titular de las participaciones, ni como representante de la legataria, ni como contador partidor de la herencia. (*Cf.* art. 394 del Código Civil y resoluciones de 11 de abril y 23 de mayo de 2005, 17 de diciembre de 2008 y 7 de octubre de 2013 entre otras).

En consecuencia, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don Francisco Javier Serrano Villar de fecha 12 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 4 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 4 de julio de 2017 (9)

En el expediente 110/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Freslomera S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 27 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Huelva, en el que tuvo su entrada el día 29 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 «Freslomera», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando, en esencia: 1. La innecesariedad de la solicitud dado que la interesada es conocedora de la situación social y la solicitud generaría unos costes de difícil asunción para la sociedad. 2. Se ha encargado la contabilidad a una empresa privada y en las próximas semanas se procederá a la aprobación de las cuentas de la sociedad lo que permitirá un conocimiento más concreto sobre la situación social y se le suministrará la información que estime necesaria.

III

La registradora mercantil de Huelva, doña Mercedes Jiménez Alfaro Larrazábal, dictó resolución de fecha 24 de abril de 2017 por la que acordó admitir la oposición y desestimar el nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 25 mayo de 2017, que tuvo entrada el 1 de junio en el Registro Mercantil de Huelva, 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 primer lugar, y en lo relativo a la innecesariedad de la auditoría a juicio de la sociedad, no puede esta alegación enervar el derecho del socio minoritario, es constante doctrina de este Centro que, a diferencia de las soli-

citudes 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).

2. En relación a 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.

3. En último lugar, y por lo que se refiere a la falta de aprobación de las cuentas y el suministro de información contable por una empresa privada, debe señalarse, en primer lugar, que el hecho de que las cuentas 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 debe solicitarse después de que el ejercicio esté cerrado cuando ya ha comenzado el plazo para la formulación de las cuentas; no obstante la previsión legal es, como resulta de la interpretación conjunta de los artículos 253, 263, 265, 270 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital, que el informe de verificación esté disponible al tiempo de la celebración de la Junta General que ha de aprobar las cuentas anuales siendo ésta la circunstancia relevante y no que al tiempo del nombramiento las cuentas estén o no formuladas. En segundo lugar el hecho de que se haya encargado a una empresa la contabilidad y fiscalidad de las cuentas no es aceptable para pretender ener-

var 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 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.* artículos 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 de la Ley 22/2015, de 21 de Auditoría de Cuentas).

En segundo lugar, y relativo a la información fiscal y contable suministrada por la empresa designada, no es aceptable pretender 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 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 (*vide* 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 de la Ley 22/2015, de 21 de Auditoría de Cuentas).

En consecuencia, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Huelva, doña Mercedes Jiménez Alfaro Larrazábal de fecha 24 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 4 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Huelva.

Resolución de 5 de julio de 2017 (1)

En el expediente 49/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Trefilerías Martínez e Hijos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó instancia de fecha 26 de febrero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Álava, en el que tuvo su entrada el día 13 del mes 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 «Trefilerías Martínez e Hijos S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Mediante escrito de 16 de marzo del mismo año, don Esteban Moyano Morales, Registrador Mercantil de Álava, notifica a la sociedad en cuestión la solicitud del citado socio de nombramiento de auditor de cuentas correspondiente al ejercicio 2016, previéndoles del derecho de oposición que les asiste.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del mencionado socio mediante escrito suscrito por don ….., administrador único de «Trefilerías Martínez e Hijos, S.L.». En dicho escrito

indica que como consecuencia de un compromiso contractual con el auditor José Ochoa de Retana para auditar las cuentas del ejercicio correspondiente al año 2015 se decidió firmar carta de encargo con el anteriormente citado el día 15 de diciembre de 2016 que incluía los ejercicios 2016, 2017 y 2018, siendo ratificado tal nombramiento en Junta General Extraordinaria de socios de fecha 29 de diciembre de 2016. Indica a su vez que en la fecha del mencionado escrito la auditoría se encontraba prácticamente finalizada.

IV

El Registrador Mercantil de Álava, don Esteban Moyano Morales mediante escrito de fecha 29 de marzo de 2017 desestima la oposición formulada, indicando la posibilidad de interponer recurso de alzada ante esta Dirección General en el plazo de 15 días desde su notificación.

V

Don ….., administrador único de «Trefilerías Martínez e Hijos, S.L.», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución mediante escrito fechado el día 10 de abril reiterando el argumento anteriormente citado.

VI

Esta Dirección General requiere a la mercantil mediante oficio de fecha 19 de mayo de 2017 para que, conforme a lo previsto en el artículo 118 de la Ley 39/2915 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común, justifique el hecho de haberse procedido a la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de auditor voluntario o bien para que aporte el informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016. Dicho escrito fue entregado el día 24 de mayo conforme certificado del Servicio de Correos, sin haberse recibido en fecha contestación alguna al mencionado requerimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. 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 art. 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 escrito de aceptación por parte de la «Abante Auditores» de fecha 15 de diciembre de 2016 correspondiente a los ejercicios 2016, 2017 y 2018.

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 no se ha salvaguardado debidamente en el momento de emitir la presente resolución, ya que no se acredita ni la inscripción del nombramiento de auditor ni la puesta a disposición del correspondiente informe de auditoría.

Efectivamente, si bien es cierto que 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.* artículos 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 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 pese al anteriormente mencionado requerimiento del hecho VI.

Es también cierto que la inscripción de auditor voluntario no es obligatoria en principio, pero no lo es menos que, de acuerdo con 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 quede 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Álava, don Esteban Moyano Morales de fecha 29 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 5 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Álava.

Resolución de 5 de julio de 2017 (2)

En el expediente 81/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos personas que alegan interés legítimo en la sociedad «La Rumba Chamberí, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. en su propio nombre y derecho, y don ….., en ejercicio de su cargo de administrador único de la mercantil Nibra Inversiones, S.L. presentan un escrito de fecha 24 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitaron, al amparo del artículo 40 del Código de Comercio y como titulares el primero del 2% y la segunda del 10% del capital social de «La Rumba Castellana, S.L.», quien a su vez es titular del 52% del capital social de la mercantil «La Rumba Chamberí, S.L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 y 2016.

De la solicitud resulta que justifican su interés legítimo en base al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.ª, número 148/2009, de 2 de septiembre de 2009, que reconoce el interés en un supuesto de participación indirecta.

A su vez su interés queda acreditado por la propia reserva de acciones de impugnación de acuerdos sociales y acción de responsabilidad conforme resulta de la copia del acta notarial de junta general de la sociedad La Rumba Castellana S.L. de 12 de diciembre de 2016.

II

La sociedad es notificada mediante escrito de 27 de marzo de 2017 de don Miguel de Seoane de la Parra, Registrador Mercantil de Madrid número XIV, formulando oposición a la pretensión de los mencionados socios mediante escrito de 4 de abril suscrito por don ….., apoderado de la mercantil. En el mismo se opone al nombramiento del auditor alegando que carecen de legitimación ya que los solicitantes no son socios de la mercantil ni tampoco acreedores de la misma, ni mantienen ningún tipo de relación con la misma. Además, indica que en «la fecha de la solicitud «La Rumba Castellana, S.L.» únicamente es titular de participaciones que suponen el 6% del capital social de «La Rumba Chamberí, S.L.» según acta de la junta general de socios de la sociedad «La Rumba Castellana, S.L.»

III

El registrador mercantil de Madrid Número XIV, don Miguel de Seoane de la Parra dictó resolución en fecha 11 de abril de 2017 por la que acordó desestimar la solicitud de nombramiento del auditor solicitado, estimando la oposición de la sociedad.

IV

Don ….. en su propio nombre y derecho, y don ….., en ejercicio de su cargo de administrador único de la mercantil Nibra Inversiones, S.L. interpusieron recurso de alzada de fecha 16 de mayo ante esta Dirección General contra dicha resolución de 11 de abril, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: «1.º Que aunque las cuentas de la sociedad La Rumba Chamberí S.L. correspondientes al ejercicio 2015 hayan sido aprobadas en junta universal y por unanimidad, resulta evidente que los solicitantes no votaron a favor al no ser socios directos de la misma. Que el voto favorable de la sociedad La Rumba Castellana S.L. socio de aquella y de la que son socios los solicitantes lo ejercitó uno de los administradores solidarios, siendo uno de ellos el que en nombre de aquella se opone a la auditoría. 2.º Que los solicitantes ostentan legitimación para solicitar el nombramiento de auditor voluntario de la sociedad «La Rumba Chamberí, S.L.» por reunir los requisitos que para ello exigió el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de septiembre de 2009, a saber: «ser socio indirecto de la sociedad» y «tener intereses económicos indirectos en la marcha» en la misma. Así, consideran que «es evidente que todas las compañías forman parte del Grupo Larrumba, al compartir la mayor parte de ellas el nombre «Rumba» y así venir expresado en su propia página web». Que en cuanto al requisito de acreditar irregularidades en las cuentas la Audiencia de Barcelona lo considera adicional, pero no fundamental. Por último, indican que de la lectura del acta notarial de la Junta de socios de la mercantil «La Rumba Castellana S.L.» autorizada por el notario de Madrid don Francisco Calderón Álvarez el día 12 de diciembre de 2016, resulta que «en cada uno de los puntos del orden del día antes citados, el Sr…..solicitó que se votara la acción social de responsabilidad de los administradores de la compañía, con resultado negativo. En esa junta también se acordó, con el voto en contra del Sr…..la transmisión de participaciones sociales de «Rumba de Chamberí S.L.» y «Cafetería San Gregorio S.L.» en contravención de la ley y estatutos, así como la autorización para la adquisición de participaciones en otras sociedades de análogo o similar objeto».

V

Mediante escrito fechado el 29 de mayo de 2017, con entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 1 de junio inmediato posterior, el administrador de la sociedad «La Rumba Chamberí S.L.», lleva a cabo las siguientes alegaciones: «1.º Que las cuentas fueron aprobadas por unanimidad de los socios de la mercantil. 2.º Que los socios recurrentes no manifestaron en ningún momento en las juntas de «La Rumba Castellana S.L.» su deseo de tener información de las cuentas de dicha sociedad por lo que no pueden alegar respecto de la sociedad «La Rumba Chamberí S.L.» que se les haya ocultado información alguna. 3.º Que no han acreditado irregularidad alguna en las cuentas, que su participación indirecta en esta última sociedad es inferior al 1% y que se pretende dar una imagen de ilegalidad de la transmisión de participaciones de «La Rumba Chamberí S.L.» llevada a cabo de por parte de «La Rumba Castellana S.L.» cuando ha sido aprobada por el 86% del capital social. 4.º Que no han hecho el depósito de dinero para la satisfacción de la auditoría como exige el artículo 40 del Código de Comercio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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 40 del Código de Comercio, 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. Por parte de dos socios de la sociedad «La Rumba Castellana S.L.» se solicita, al amparo del artículo 40 del Código de Comercio, que por parte del registrador mercantil de Madrid se designe auditor a fin de verificar las cuentas de la sociedad «La Rumba Chamberí S.L.», correspondientes a los ejercicios 2015 y 2016, de la que es socio «La Rumba Castellana S.L.».

Los solicitantes basan su solicitud en el interés indirecto que ostentan sobre la sociedad respecto de la que se solicita auditoría, «La Rumba Chamberí S.L.» en cuanto socios de la sociedad «La Rumba Castellana S.L.» que es socia de la anterior.

Acompañan a su solicitud una copia del acta notarial de junta general de la sociedad «La Rumba Castellana S.L.» en la que uno de los solicitantes, expresa su oposición a los distintos acuerdos que se adoptan, incluidos la aprobación de las cuentas anuales, solicita ejercicio de acción social de responsabilidad y anuncia ejercicio de acciones de nulidad.

La sociedad «La Rumba Chamberí S.L.», se opone porque los solicitantes no son socios de la sociedad, ni acreedores ni tienen relación con ella y, además, porque la participación que en esta ostenta la sociedad de la que si son socios, «La Rumba Castellana S.L.», es sólo del 6% del capital social.

El registrador mercantil no aprecia interés legítimo y los solicitantes recurren en los términos que han sido expuestos por extenso.

2. La cuestión se centra por consiguiente en determinar si los solicitantes ostentan o no el interés legítimo a que se refiere el artículo 40 del Código de Comercio en su redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

El artículo 40 del Código de Comercio establece lo siguiente: «1. Sin perjuicio de lo establecido en otras leyes que obliguen a someter las cuentas anuales a la auditoría de una persona que tenga la condición legal de auditor de cuentas, y 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».

El precepto es sumamente escueto en lo que a legitimación para instar la solicitud se refiere si bien de su contenido resulta con claridad que la legitimación no es universal y que, en consecuencia, no siempre procede la designación de auditor. Así resulta del propio precepto que afirma que no procederá cuando la sociedad aporte prueba documental al respecto o cuando no exista legitimación. Más adelante, el propio precepto aclara, en cuanto a la improcedencia, que: «3. El Secretario judicial o el Registrador mercantil desestimará la solicitud de auditoría cuando, antes de la fecha de la solicitud, constará inscrito en el Registro mercantil nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas de ese mismo ejercicio o, en el caso de las sociedades mercantiles y demás personas jurídicas obligadas, no hubiese finalizado el plazo legal para efectuar el nombramiento de auditor por el órgano competente».

Por lo que a la legitimación se refiere, siendo claro que el Código de Comercio la contempla con gran amplitud, lo es igualmente que no toda solicitud de designación de auditor está amparada legalmente. El Código exige que exista un interés, que sea legítimo y que conste acreditado.

Es preciso que exista un interés, es decir, una situación jurídica que precise de protección y que sin la adopción de la medida solicitada quede desamparada por el ordenamiento. El interés ha de ser actual, no pretérito, y decae si por cualquier circunstancia deja de existir o deja de ser protegible (por ejemplo, porque la actuación solicitada esté protegida por alguna otra medida que proporcione su satisfacción). Así lo entiende el propio artículo 40 para el supuesto de que exista previa designación de auditor para el mismo ejercicio económico.

El interés ha de ser legítimo en cuanto no contrario a Derecho. Es ilegítimo el interés si con su ejercicio no se pretende la satisfacción de una necesidad

propia sino una situación dañosa para la sociedad u otra finalidad ilícita. Es ilícito el interés si contraría los actos propios (*vide* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 noviembre 2002, Sección 11.ª, para un supuesto en el que el solicitante de una auditoría consolidada había ostentado la presidencia de la sociedad y el cargo de consejero delegado y había incumplido reiteradamente sus deberes de convocatoria de junta).

Para que sea legítimo el interés ha de ser directo en cuanto la situación necesitada de protección debe estar ligada con el remedio que se solicita, de modo que sea razonable concluir, conforme al recto criterio humano, que de obtener satisfacción se producirá o se podrá producir un alivio de aquella. Por esta razón el interés ha de ser proporcionado a la solución que se demanda pues el ordenamiento jurídico no busca la satisfacción de la necesidad de un sujeto jurídico en detrimento innecesario de la de otro (*vide* la Sentencia núm. 322/2010 de 15 julio de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.ª; *vide* igualmente el Auto núm. 148/2009 de 2 septiembre de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª). En cualquier caso, dependerá de la finalidad y objetivos que se persigan con la designación del auditor la calificación que merezca el interés, lo que nos lleva a la siguiente cuestión.

El interés ha de ser acreditado. Expresamente así lo exige el artículo 40 del Código de Comercio. No basta afirmar que se ostenta el interés, es preciso que se ponga de manifiesto ante quien debe decidir la procedencia de designación de auditor mediante la aportación de la documentación que proceda. Como resulta de la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo 312/2008 de 9 mayo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), procede la designación de auditor al amparo del artículo 40 del Código de Comercio si se acredita debidamente el interés legítimo del solicitante. Como afirma el Auto núm. 148/2009 de 2 septiembre de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, citado por el recurrente: «el control de la procedencia de este nombramiento y, por ende, de la verificación de las cuentas anuales anteriores pivotará sobre la valoración del interés legítimo aducido, pues no cualquier interés justificará la adopción de esta auditoría».

3. En el expediente que da lugar a la presente, los instantes aducen tener un interés legítimo que fundamentan, en el hecho de que son socios de una sociedad (en cuanto a un 2% y un 10%, respectivamente), que a su vez es socio de la que se pretende auditar (en cuanto a un 52%, si bien la sociedad, al oponerse afirma por medio de su administrador, que esta proporción es de sólo un 6%). Además, afirman que su legitimación deriva de la reserva de acciones que uno de ellos ha hecho en la última junta general de la sociedad de la que es socio (La Rumba Castellana S.L.).

Ciertamente, el hecho de que ser socios de una sociedad que a su vez es socia de aquella respecto de la que se solicita la auditoría no excluye per se la existencia de un interés. Lo relevante no es ser socio de la sociedad de la que se solicita auditoría (situación que no exige el artículo 40 del Código de Comercio y respecto de la que existe el mecanismo de protección del artículo

265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), sino la existencia de un interés directo, acreditado y proporcionado que justifique la designación de auditor.

Y esto es lo que no ha conseguido acreditar la parte recurrente pues lo único que ha acreditado es su posición de socio en la sociedad La Rumba Castellana S.L. El hecho de que en esta sociedad haya un fuerte enfrentamiento entre los recurrentes y su órgano de administración y que uno de los recurrentes se haya reservado el ejercicio de acciones, no justifica per se la procedencia de que en otra sociedad, La Rumba Chamberí S.L., se adopte una medida de la importancia solicitada. Téngase en cuenta que todas las afirmaciones del recurrente sobre las cuentas de La Rumba Castellana S.L., son afirmaciones de parte, que no vienen acompañadas de ninguna otra documentación que permita afirmar la conveniencia de la auditoría solicitada en la otra sociedad.

Los recurrentes traen a colación la doctrina emanada del auto 148/2009 de 2 septiembre de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, que, a su juicio, justificaría plenamente la existencia de su interés, pero no es así. En el supuesto a que el mismo se refiere se reconoce el interés legítimo del solicitante por una triple razón: primero, porque ostentaba el cargo de consejero en la sociedad respecto de la que solicitaba auditoría; segundo, por ser socio de referencia (50%), de una sociedad que a su vez lo era (75%), de la que se solicitaba auditoría; finalmente, porque acreditó la posible existencia de irregularidades contables. Nada de esto hay en el expediente que da lugar a la presente.

Ciertamente no es exigible el cumplimiento de otros requisitos distintos a los previstos en el artículo 40 del Código de Comercio y los puestos de manifiesto por el Auto de la Audiencia no son vinculantes pues no son sino el reflejo de las causas y motivos que le han llevado a reconocer la existencia de interés legítimo. Lo relevante ahora es que los recurrentes no han conseguido acreditar, a juicio de esta Dirección General, otra cosa que una situación de fuerte enfrentamiento social lo cual, por sí mismo, no es causa suficiente para apreciar la concurrencia de un interés legítimo que justifique la adopción de una medida tan severa como la solicitada.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don Miguel de Seoane de la Parra de fecha 11 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 5 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 5 de julio de 2017 (3)

En el expediente 82/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos personas que alegan interés legítimo en la sociedad «Cafetería San Gregorio, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. en su propio nombre y derecho, y don ….., en ejercicio de su cargo de administrador único de la mercantil «Nibra Inversiones, S.L.» presentan un escrito de fecha 24 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitaron, al amparo del artículo 40 del Código de Comercio y como titulares el primero del 2% y la segunda del 10% del capital social de «La Rumba Castellana, S.L.», quien a su vez es titular del 100% del capital social de la mercantil «Cafetería San Gregorio, S.L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015 y 2016.

De la solicitud resulta que justifican su interés legítimo en base al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.ª, número 148/2009, de 2 de septiembre de 2009, que reconoce el interés en un supuesto de participación indirecta.

A su vez su interés queda acreditado por la propia reserva de acciones de impugnación de acuerdos sociales y acción de responsabilidad conforme resulta de la copia del acta notarial de junta general de la sociedad «La Rumba Castellana S.L.» de 12 de diciembre de 2016.

II

La sociedad es notificada mediante escrito de 27 de marzo de 2017 de don Mariano Álvarez Gómez, Registrador Mercantil de Madrid número XIX, formulando oposición a la pretensión de los mencionados socios mediante escrito de 4 de abril suscrito por don ….., apoderado de la mercantil. En el mismo se opone al nombramiento del auditor alegando que carecen de legitimación ya que los solicitantes no son socios de la mercantil ni tampoco acreedores de la misma, ni mantienen ningún tipo de relación con la misma. Además, indica que en «la fecha de la solicitud «La Rumba Castellana, S.L.» únicamente es titular de participaciones que suponen el 5.53% del capital social de «Cafetería San Gregorio, S.L.» según acta de la junta general de socios de la sociedad «La Rumba Castellana, S.L.».

III

El registrador mercantil de Madrid número XIX, don Mariano Álvarez Gómez dictó resolución en fecha 11 de abril de 2017 por la que acordó desestimar la solicitud de nombramiento del auditor solicitado, estimando la oposición de la sociedad.

IV

Don ….. en su propio nombre y derecho, y don ….., en ejercicio de su cargo de administrador único de la mercantil Nibra Inversiones, S.L. interpusieron recurso de alzada mediante escrito de fecha 16 de mayo ante esta Dirección General contra dicha resolución de 11 de abril, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: «1.º Que aunque las cuentas de la sociedad Cafetería San Gregorio S.L. correspondientes al ejercicio 2015 hayan sido aprobadas en junta universal y por unanimidad, resulta evidente que los solicitantes no votaron a favor al no ser socios directos de la misma. Que el voto favorable de la sociedad La Rumba Castellana S.L. socio de aquella y de la que son socios los solicitantes lo ejercitó uno de los administradores solidarios, siendo uno de ellos el que en nombre de aquella se opone a la auditoría. 2.º Que los solicitantes ostentan legitimación para solicitar el nombramiento de auditor voluntario de la sociedad «Cafetería San Gregorio, S.L.» por reunir los requisitos que para ello exigió el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de septiembre de 2009, a saber: «ser socio indirecto de la sociedad» y «tener intereses económicos indirectos en la marcha» en la misma. Así, consideran que «es evidente que todas las compañías forman parte del Grupo Larrumba, al compartir la mayor parte de ellas el nombre «Rumba» y así venir expresado en su propia página web». Que, en cuanto al requisito de acreditar irregularidades en las cuentas, la Audiencia de Barcelona lo considera adicional, pero no fundamental. Por último, indican que de la lectura del acta notarial de la Junta de socios de la mercantil «La Rumba Castellana S.L.» autorizada por el notario de Madrid don Francisco Calderón Álvarez el día 12 de diciembre de 2016, resulta que «en cada uno de los puntos del orden del día antes citados, el Sr….solicitó que se votara la acción social de responsabilidad de los administradores de la compañía, con resultado negativo. En esa junta también se acordó, con el voto en contra del Sr. ….. la transmisión de participaciones sociales de «Rumba de Chamberí S.L.» y «Cafetería San Gregorio S.L.» en contravención de la ley y estatutos, así como la autorización para la adquisición de participaciones en otras sociedades de análogo o similar objeto.»

V

Mediante escrito fechado el 29 de mayo de 2017, con entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 1 de junio inmediato posterior, el administrador de la sociedad Cafetería San Gregorio S.L., lleva a cabo las siguientes alegaciones: «1.º Que las cuentas fueron aprobadas por el socio único de la mercantil. 2.º Que los socios recurrentes no manifestaron en ningún momento en las juntas de La Rumba Castellana S.L. su deseo de tener información de las cuentas de dicha sociedad por lo que no pueden alegar respecto de la sociedad Cafetería San Gregorio S.L. que se les haya ocultado información alguna. 3.º Que no han acreditado irregularidad alguna en las cuentas, que su participación indirecta en esta última sociedad es inferior al 1% y que se pretende dar una imagen de ilegalidad de la transmisión de participaciones de Cafetería San Gregorio S.L. llevada a cabo de por parte de La Rumba Castellana S.L. cuando ha sido aprobada por el 86% del capital social. 4.º Que no han hecho el depósito de dinero para la satisfacción de la auditoría como exige el artículo 40 del Código de Comercio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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 40 del Código de Comercio, 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. Por parte de dos socios de la sociedad La Rumba Castellana S.L. se solicita, al amparo del artículo 40 del Código de Comercio, que por parte del registrador mercantil de Madrid se designe auditor a fin de verificar las cuentas de la sociedad Cafetería San Gregorio S.L., correspondientes a los ejercicios 2015 y 2016, de la que es socio la Rumba Castellana S.L.

Los solicitantes basan su solicitud en el interés indirecto que ostentan sobre la sociedad respecto de la que se solicita auditoría, Cafetería San Gregorio S.L. en cuanto socios de la sociedad La Rumba Castellana S.L. que es socia de la anterior.

Acompañan a su solicitud una copia del acta notarial de junta general de la sociedad La Rumba Castellana S.L. en la que uno de los solicitantes, expresa su oposición a los distintos acuerdos que se adoptan, incluidos la aprobación de las cuentas anuales, solicita ejercicio de acción social de responsabilidad y anuncia ejercicio de acciones de nulidad.

La sociedad Cafetería San Gregorio S.L., se opone porque los solicitantes no son socios de la sociedad, ni acreedores ni tienen relación con ella y, además, porque la participación que en esta ostenta la sociedad de la que si son socios, La Rumba Castellana S.L., es sólo del 5.53% del capital social.

El registrador mercantil no aprecia interés legítimo y los solicitantes recurren en los términos que han sido expuestos por extenso.

2. La cuestión se centra por consiguiente en determinar si los solicitantes ostentan o no el interés legítimo a que se refiere el artículo 40 del Código de Comercio en su redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

El artículo 40 del Código de Comercio establece lo siguiente: «1. Sin perjuicio de lo establecido en otras leyes que obliguen a someter las cuentas anuales a la auditoría de una persona que tenga la condición legal de auditor de cuentas, y 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».

El precepto es sumamente escueto en lo que a legitimación para instar la solicitud se refiere si bien de su contenido resulta con claridad que la legitimación no es universal y que, en consecuencia, no siempre procede la designación de auditor. Así resulta del propio precepto que afirma que no procederá cuando la sociedad aporte prueba documental al respecto o cuando no exista legitimación. Más adelante, el propio precepto aclara, en cuanto a la improcedencia, que: «3. El Secretario judicial o el Registrador mercantil desestimará la solicitud de auditoría cuando, antes de la fecha de la solicitud, constará inscrito en el Registro mercantil nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas de ese mismo ejercicio o, en el caso de las sociedades mercantiles y demás personas jurídicas obligadas, no hubiese finalizado el plazo legal para efectuar el nombramiento de auditor por el órgano competente».

Por lo que a la legitimación se refiere, siendo claro que el Código de Comercio la contempla con gran amplitud, lo es igualmente que no toda solicitud de designación de auditor está amparada legalmente. El Código exige que exista un interés, que sea legítimo y que conste acreditado.

Es preciso que exista un interés, es decir, una situación jurídica que precise de protección y que sin la adopción de la medida solicitada quede desamparada por el ordenamiento. El interés ha de ser actual, no pretérito, y decae si por cualquier circunstancia deja de existir o deja de ser protegible (por ejemplo, porque la actuación solicitada esté protegida por alguna otra medida que proporcione su satisfacción). Así lo entiende el propio artículo 40 para el supuesto de que exista previa designación de auditor para el mismo ejercicio económico.

El interés ha de ser legítimo en cuanto no contrario a Derecho. Es ilegítimo el interés si con su ejercicio no se pretende la satisfacción de una necesidad propia sino una situación dañosa para la sociedad u otra finalidad ilícita. Es ilícito el interés si contraría los actos propios (*vide* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 noviembre 2002, Sección 11.ª, para un supuesto en el que el solicitante de una auditoría consolidada había ostentado la presidencia de la sociedad y el cargo de consejero delegado y había incumplido reiteradamente sus deberes de convocatoria de junta)

Para que sea legítimo el interés ha de ser directo en cuanto la situación necesitada de protección debe estar ligada con el remedio que se solicita, de modo que sea razonable concluir, conforme al recto criterio humano, que de obtener satisfacción se producirá o se podrá producir un alivio de aquella. Por esta razón el interés ha de ser proporcionado a la solución que se demanda pues el ordenamiento jurídico no busca la satisfacción de la necesidad de un sujeto jurídico en detrimento innecesario de la de otro (*vide* la Sentencia núm. 322/2010 de 15 julio de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.ª; *vide* igualmente el Auto núm. 148/2009 de 2 septiembre de la Audiencia Provincial

de Barcelona, Sección 15.ª). En cualquier caso, dependerá de la finalidad y objetivos que se persigan con la designación del auditor la calificación que merezca el interés, lo que nos lleva a la siguiente cuestión.

El interés ha de ser acreditado. Expresamente así lo exige el artículo 40 del Código de Comercio. No basta afirmar que se ostenta el interés, es preciso que se ponga de manifiesto ante quien debe decidir la procedencia de designación de auditor mediante la aportación de la documentación que proceda. Como resulta de la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo 312/2008 de 9 mayo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), procede la designación de auditor al amparo del artículo 40 del Código de Comercio si se acredita debidamente el interés legítimo del solicitante. Como afirma el Auto núm. 148/2009 de 2 septiembre de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, citado por el recurrente: «el control de la procedencia de este nombramiento y, por ende, de la verificación de las cuentas anuales anteriores pivotará sobre la valoración del interés legítimo aducido, pues no cualquier interés justificará la adopción de esta auditoría».

3. En el expediente que da lugar a la presente, los instantes aducen tener un interés legítimo que fundamentan, en el hecho de que son socios de una sociedad (en cuanto a un 2% y un 10%, respectivamente), que a su vez es socio de la que se pretende auditar (en cuanto a un 100%, si bien la sociedad, al oponerse afirma por medio de su administrador, que esta proporción es de sólo un 5.53%). Además, afirman que su legitimación deriva de la reserva de acciones que uno de ellos ha hecho en la última junta general de la sociedad de la que es socio (La Rumba Castellana S.L.).

Ciertamente, el hecho de que ser socios de una sociedad que a su vez es socia de aquella respecto de la que se solicita la auditoría no excluye per se la existencia de un interés. Lo relevante no es ser socio de la sociedad de la que se solicita auditoría (situación que no exige el artículo 40 del Código de Comercio y respecto de la que existe el mecanismo de protección del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), sino la existencia de un interés directo, acreditado y proporcionado que justifique la designación de auditor.

Y esto es lo que no ha conseguido acreditar la parte recurrente pues lo único que ha acreditado es su posición de socio en la sociedad La Rumba Castellana S.L. El hecho de que en esta sociedad haya un fuerte enfrentamiento entre los recurrentes y su órgano de administración y que uno de los recurrentes se haya reservado el ejercicio de acciones, no justifica per se la procedencia de que en otra sociedad, Cafetería San Gregorio S.L., se adopte una medida de la importancia solicitada. Téngase en cuenta que todas las afirmaciones del recurrente sobre las cuentas de La Rumba Castellana S.L., son afirmaciones de parte, que no vienen acompañadas de ninguna otra documentación que permita afirmar la conveniencia de la auditoría solicitada en la otra sociedad.

Los recurrentes traen a colación la doctrina emanada del auto 148/2009 de 2 septiembre de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, que, a su juicio, justificaría plenamente la existencia de su interés, pero no es así. En

el supuesto a que el mismo se refiere se reconoce el interés legítimo del solicitante por una triple razón: primero, porque ostentaba el cargo de consejero en la sociedad respecto de la que solicitaba auditoría; segundo, por ser socio de referencia (50%), de una sociedad que a su vez lo era (75%), de la que se solicitaba auditoría; finalmente, porque acreditó la posible existencia de irregularidades contables. Nada de esto hay en el expediente que da lugar a la presente.

Ciertamente no es exigible el cumplimiento de otros requisitos distintos a los previstos en el artículo 40 del Código de Comercio y los puestos de manifiesto por el Auto de la Audiencia no son vinculantes pues no son sino el reflejo de las causas y motivos que le han llevado a reconocer la existencia de interés legítimo. Lo relevante ahora es que los recurrentes no han conseguido acreditar, a juicio de esta Dirección General, otra cosa que una situación de fuerte enfrentamiento social lo cual, por sí mismo, no es causa suficiente para apreciar la concurrencia de un interés legítimo que justifique la adopción de una medida tan severa como la solicitada.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid número XIX, don Mariano Álvarez Gómez de fecha 11 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 5 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 5 de julio de 2017 (4)

En el expediente 85/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gurea Murcia Restaurante Vasco, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 29 de marzo de 2017, 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 «Gurea Murcia Restaurante Vasco S.L.» (titular del 12,50 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 3 de abril en el domicilio social siendo recibido el día 5 del mismo mes, sin formular oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El registrador mercantil de Murcia, don Bartolomé Nieto García, dictó resolución en fecha 20 de abril de 2017 por la que accedió al nombramiento del auditor solicitado, 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 18 de mayo se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de la misma fecha suscrito por don ….., administrador de la sociedad.

IV

En dicho escrito don ….., administrador de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 20 de abril, en base a los siguientes argumentos: el socio solicitante «ha actuado como asesor fiscal de la empresa actuando negligentemente y con mala fe en el desempeño de sus funciones provocando graves daños y perjuicios a las citadas mercantiles». Asimismo, indica que «con posterioridad fue necesario promover acto de conciliación contra el citado socio, quien ni siquiera compareció». Por tanto, concluye que la solicitud debe ser «desestimada por la mala fe del socio solicitante».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 Cen-

tro Directivo ha mantenido que la finalidad del art. 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 considerarse relevante, a efectos de determinar su legitimación, que el solicitante sea titular de un 12,50% de las participaciones de la sociedad, porcentaje muy superior del mínimo exigido.

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 existencia de mala fe por el socio solicitante al haber concurrido en él la función de asesor fiscal de la sociedad siendo el encargado de la llevanza de la contabilidad de la citada mercantil.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que 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. Así (*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 (buena fe o posible abuso de derecho) 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 sólo 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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Murcia, don Bartolomé Nieto García, de fecha 20 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 5 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Murcia.

Resolución de 5 de julio de 2017 (5)

En el expediente 104/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Class Cerdanya, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 21 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Girona, 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 «Cebaderos del Sur S.L.» (titular del 16,01 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de don Javier Navarro González, Registrador Mercantil de Girona núm. II el 3 de abril en el domicilio social, siendo devuelta tal notificación por Correos con la nota de desconocido. El día 12 de abril se notificó al administrador de la sociedad, don ….. en su domicilio social, siendo recibida la misma el día 20 del mismo mes. El día 27 de abril la mercantil formula oposición en el plazo legalmente previsto alegando la que «el nombramiento solicitado por el Sr. ….. no procede por no tener esta mercantil suficiente activo para hacer frente a dicha auditoría» puesto que «Class Cerdanya S.L. no cuenta con suficiente activo para hacer frente a dicha auditoría, ya que la misma está inmersa en numerosas deudas con sus consecuentes diligencias de embargo».

III

El registrador mercantil de Girona II, don Javier Navarro González, dictó resolución en fecha 4 de mayo de 2017 por la que desestimó 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 26 de mayo se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de la misma fecha suscrito por don ….., administrador de la sociedad.

IV

En dicho escrito don ….., administrador de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 4 de mayo, en base a los siguientes argumentos: considera que se ha producido un «error en la desestimación del escrito de oposición de nombramiento de Auditor de Cuentas, al considerar que no se ha aportado por esta parte prueba documental de que no procede el nombramiento.» Reitera la mercantil que «las circunstancias económicas actuales de la mercantil son muy precarias, y que por tanto resulta imposible hacer el pago de la Auditoría que solicita el Sr. …..», adjuntando de nuevo prueba documental de las deudas de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 art. 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 considerarse relevante, a efectos de determinar su legitimación, que el solicitante sea titular de un 16,01% de las participaciones de la sociedad, porcentaje muy superior del mínimo exigido.

Como excepción a esta regla general, este Centro Directivo ha reconocido desde antiguo el hecho de que, dados los principios de objetividad, indepen-

dencia 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 que la situación económica de la misma le impide hacer frente al pago de los honorarios del Auditor nombrado, aportando documentación acreditativa de una serie de reclamaciones económicas frente a la misma.

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). De este modo compete al Registrador Mercantil calificar la legitimación del socio solicitante, así como el cumplimiento de los requisitos legales objetivos estableci-

dos en las normas anteriormente citadas. 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).

Por tanto, 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 sólo 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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Girona II, don Javier Navarro González, de fecha 4 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 5 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Girona.

Resolución de 5 de julio de 2017 (6)

En el expediente 111/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Trevinde Electric, S.L.»

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 27 de marzo de 2017, 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 «Trevinde Electric, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando, en esencia, que el 27 de diciembre de 2016 el órgano de administración nombró auditor para la auditoría de cuentas del ejercicio 2016 cuyo cargo fue aceptado el día 1 marzo 2017 en escritura pública que acompañan. Siendo por tanto aplicable al supuesto de hecho la jurisprudencia que entiende que enerva el derecho del socio el nombramiento por la sociedad con carácter previo a la solicitud del socio.

III

Con fecha 12 abril de 2017 fue requerida la sociedad para que conforme a la doctrina del Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado aportase la documentación pertinente a efectos de enervar el derecho del solicitante bien porque se haya inscrito el nombramiento de auditor o bien porque se haya puesto a disposición del socio el informe de verificación de cuentas.

IV

Con fecha 24 de abril de 2017 la sociedad respondió al requerimiento alegando la existencia de la escritura de aceptación del cargo de auditor.

V

La registradora mercantil de Valencia, doña María de la Cruz Cano Zamorano dictó resolución de fecha 8 de mayo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y estimar el nombramiento del auditor solicitado.

VI

Doña ….. por escrito de fecha 31 de mayo de 2017, que tuvo entrada el 1 de junio en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos del escrito de oposición que se dan por reproducidos y adjuntado nota de calificación negativa de la inscripción del nombramiento

de auditor en la que, con fecha 19 mayo 2017, se suspende la inscripción del cargo por estar el folio de la sociedad cerrado por falta de depósito de cuentas con arreglo al artículo 378 de Reglamento del Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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, 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 art. 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 sólo 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.» En el presente caso ha quedado acreditada la existencia del nombramiento de auditor mediante la escritura de aceptación del cargo pero no se protege el derecho del socio solicitante en los términos exigidos por la ley dado que no se ha procedido a la inscripción del nombramiento ni se ha puesto a su disposición el informe de verificación.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Valencia, doña María de la Cruz Cano Zamorano, dictada con fecha 8 de mayo de 2017.

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

doles 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, 5 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 5 de julio de 2017 (7)

En el expediente 112/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Manufacturas Químicas Aquasol, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presenta un escrito de fecha 1 de febrero de 2017, 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 «Manufacturas Químicas Aquasol, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales sin indicar el ejercicio a que se refiere tal solicitud.

II

La sociedad es notificada mediante escrito de 7 de febrero de 2017 de doña Concepción Rodríguez Gil, Registradora Mercantil de Granada, que es recibido el día 9 del mismo mes. La mercantil formula oposición a la pretensión del mencionado socio mediante escrito de 2 de marzo suscrito por don ….., administrador único de la mercantil, siendo presentado en el mencionado Registro Mercantil el día 3. En el mismo se opone al nombramiento del auditor alegando que no se indica en la instancia de solicitud presentada el ejercicio a que se refiere la misma, así como que en escrito presentado ante el Registro Mercantil de Granada el 30 de diciembre de 2015 se comunicaba el nombramiento de auditor voluntario para los ejercicios 2015, 2016 y 2017, por lo que ya existe un auditor nombrado.

La Registradora Mercantil de Granada, doña Concepción Rodríguez Gil requiere a la mercantil mediante resolución de 9 de marzo de 2017 para aporte en el plazo de diez días para aporte los documentos originales adjuntos al escrito de oposición.

III

La registradora mercantil de Granada, doña Concepción Rodríguez Gil dictó resolución en fecha 8 de mayo de 2017 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado, desestimando la oposición de la sociedad al no acreditarse ni la inscripción del cargo de auditor nombrado a instancia de la mercantil ni haber puesto a disposición del socio minoritario el informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2016.

IV

Don ….., administrador único de la mercantil interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 8 de mayo, reiterando que no se hace constar el ejercicio a que se refiere la solicitud e indicar que ya se ha finalizado el informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2016, acompañándose al escrito de 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. 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 art. 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.

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 presente expediente ha quedado acreditado el nombramiento anterior por parte de la mercantil de auditor para el ejercicio 2016 al acompañar escrito de fecha 28 de diciembre de 2015 por el que NIT–RAM Auditores S.L.P. acepta el encargo de la mercantil Manufacturas Químicas Acuasol, S.L. para auditar los ejercicios 2015, 2016 y 2017. Además, en sede de recurso acompañan informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2016 fechado el 23 de mayo de 2017 que queda incorporado al expediente y puesto a disposición de los socios. Por tanto, debe concluirse que la actuación de la mercantil ha enervado el derecho del socio minorista conforme a los fundamentos anteriormente expuestos.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Granada, doña Concepción Rodríguez Gil, de fecha 8 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 5 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Granada.

Resolución de 5 de julio de 2017 (8)

En el expediente 113/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Construcciones Razo da Costa, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 31 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de A Coruña, 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 su exesposo de la totalidad del capital social de «Construcciones Razo da Costa S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016. Junto con dicha solicitud acompaña copia de la sentencia de divorcio de la solicitante y copia de sentencia de 8 de noviembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 1 de Carballo en que se reconoce el carácter ganancial de las 3300 participaciones sociales de la mercantil.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 4 de marzo en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 12 de abril, presentado el día mismo día 12 alegando la falta de «legitimación para cursar la petición de nombramiento de auditor desde el momento en que en el hecho primero de su escrito manifiesta que carece de titularidad de las participaciones sociales». Además, indica que «queda patentizada una falta de información sobre la marcha de unas sociedades de la

que aquí no se ha dado ni el más mínimo atisbo o indicio probatorio, más allá de manifestarlo y que las peticiones referidas no han de basarse en meros caprichos ni en sospechas…».

III

El registrador mercantil de A Coruña, don Luis López Iglesias, dictó resolución en fecha 19 de abril de 2017 por la que desestimó la oposición formulada por la sociedad y decidió la procedencia de nombramiento de auditor, dando traslado de tal resolución por correo certificado con acuse de recibo el día 21, advirtiendo de que contra la misma procedía recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. El día 16 de mayo se presenta escrito de recurso fechado el 15 de mayo, suscrito por don ….., administrador único de la sociedad.

IV

En dicho escrito don ….., administrador único de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 19 de mayo, en base a los siguientes argumentos: reitera la falta de legitimidad de la solicitantes ya que «la titularidad de las participaciones viene acreditada en la escritura de constitución social que se acompaña al presente escrito, en la que se aprecia además, que en el apartado tercero sobre el capital social y aportaciones figura que las participaciones representativas del capital social han sido íntegramente suscritas y desembolsadas por el único socio fundador, aquí compareciente, don ….., que aporta para su pago los siguientes bienes, que manifiesta le pertenecen con carácter privativo».

De igual modo manifiesta que pese a reconocer la existencia de una comunidad postganancial constituida entre la solicitante y el recurrente y administrador único de la mercantil, entiende que «se ha de exigir que o bien concurran todos los interesados, que el solicitante tenga el apoderamiento o representación del otro cónyuge o que quien actúe sea el que hubiere sido designado representante *ex* art. 126 LSC, circunstancia por cierto que debe ser debidamente acreditada. Que la resolución impugnada carece de la suficiente motivación pese a lo que entiende que la sentencia alegada de la Audiencia de La Coruña no constituye doctrina jurisprudencial, ni existe identidad fáctica con el supuesto planteado».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 art. 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.

2. Con carácter previo el recurrente considera que la resolución impugnada carece de la suficiente motivación, cuestión que debe ser respondida por esta Dirección General. Es preciso reiterar que el objeto de este expediente se limita a decidir si concurren o no los requisitos de tiempo y legitimación que exige el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital por lo que, como afirma el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil, sólo cabe oposición en los términos estrictos que delimitan el supuesto.

Para que existiera auténtica falta absoluta de motivación, y por tanto reprochabilidad jurídica, habría sido preciso que 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 oposición de la sociedad precisamente porque, a juicio del registrador, ni se aporta prueba escrita de que no procede el nombramiento ni se justifica la falta de legitimación del solicitante, accediendo a la solicitud al considerar que la acción de la solicitante se enmarca dentro de las facultades de administración propia de la comunidad postganancial.

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 (la ganancialidad de las participaciones sociales y su condición de socio y administrador único), 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».

La sociedad recurrente no puede pretender la declaración de nulidad de unas actuaciones de cuya existencia tuvo conocimiento 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).

3. En el expediente que da lugar a la presente, la sociedad interpone recurso negando la legitimidad de la solicitante alegando que las participaciones sociales fueron suscritas con carácter privativo por el ex cónyuge de la solicitante, quien a su vez es el administrador único de la mercantil, al indicar en la escritura de constitución que el mismo «aporta para su pago los siguientes bienes, que manifiesta le pertenecen con carácter privativo.»

Sin embargo, la solicitante acompaña a su escrito de solicitud copia de la sentencia de divorcio, así como de sentencia de formación de inventario para la liquidación de la sociedad de gananciales existente entre la solicitante y el administrador único de la misma, en la que se declara el carácter ganancial de las mismas. En consecuencia, y a pesar de las afirmaciones que lleva a cabo el recurrente, la condición ganancial de las participaciones de la sociedad esta judicialmente establecida como establecido está el hecho de su integración en la comunidad post-ganancial pues el propio recurrente así lo admite en su escrito.

4. Tiene declarado esta Dirección General que, como ha mantenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras la disolución del matrimonio se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad postganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por cualquiera de los cónyuges pero, en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1998 y 10 de julio de 2005).

En base a la misma doctrina se ha considerado reiteradamente por esta Dirección que acreditado el carácter ganancial de las participaciones y la concurrencia de causa de disolución, el cónyuge no titular estaba legitimado para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital afirmando que no debe confundirse el supuesto de comunidad postganancial con el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de

Capital, relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

4. Esta doctrina ha sido posteriormente matizada pues no existe una causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad. Así lo expresa el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con toda claridad: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Así lo ha afirmado de forma reiterada esta Dirección en relación a otras comunidades de tipo germánico como la que surge al fallecimiento del socio titular entre los llamados a su herencia (resoluciones de 28 de julio y 3 de noviembre de 2014).

Consecuentemente cuando se ponga de manifiesto ante la sociedad el hecho de la disolución de la sociedad de gananciales de la que forma parte el socio titular y la consecuente existencia de una situación de cotitularidad postganancial, será de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues sólo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad (*vide* sentencia del Tribunal Supremo 50/2005 de 14 de febrero).

De conformidad con la doctrina al efecto de este Centro, ante un supuesto de comunidad se ha de exigir para ejercitar los derechos que la ley confiere al socio, o bien que concurran todos los interesados, o bien que todos ellos hubieran designado un representante para que ejercite los derechos de socio conforme lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital (resolución de 1 de agosto de 2014), circunstancia que debe ser debidamente acreditada (resolución de 7 de octubre de 2013).

Colofón de la anterior doctrina es que uno sólo de los partícipes de la comunidad postganancial no puede actuar sin que resulte su designación por el otro pues como mero titular de un porcentaje sobre un conjunto de acciones o participaciones sociales carece de legitimación para ejercitar el derecho a solicitar la verificación contable que corresponde a los dos (resolución de 4 de junio de 2014).

Así lo entiende la sentencia 45/2006 de 7 febrero, de la Audiencia Provincial de Murcia cuando afirma: «como resultado, de todo lo expuesto, que en este nuevo régimen jurídico derivado de la disolución de la sociedad de gananciales, aquellos pactos iniciales referidos al reparto de la titularidad nominal de las acciones, carecen de validez, y por tanto han de declararse nulos los acuerdos sociales adoptados conforme a los mismos en la Junta General de Socios celebrada el día 7 de mayo de 2005 por infracción de lo dispuesto en el artículo 35 LSRL relativo a las reglas de copropiedad de participaciones sociales» (en sentido similar la sentencia 393/2010, de 11 de marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña).

5. Distinto es el supuesto en el que entre los cónyuges exista una contienda judicial pues en este caso, a falta de acuerdo, lo procedente es suspen-

der el procedimiento de designación de auditor hasta que recaiga resolución judicial firme de la que resulte la titularidad de las acciones o participaciones.

Como ha reiterado esta Dirección (resoluciones 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 se está discutiendo en vía judicial la legitimación del conjunto de acciones o participaciones en que se funde, como ocurre en los procedimientos judiciales de separación o divorcio en los que se discute su carácter ganancial o su liquidación o ambas cuestiones.

Constituye una excepción el supuesto en el que existe un pronunciamiento del juez que conoce del procedimiento sobre la persona que debe ejercitar los derechos inherentes a la condición de socio (*vide* resoluciones de 31 de marzo y 23 de abril de 2014), pues con independencia de a quien se atribuyan finalmente la totalidad o parte de las acciones o participaciones en liquidación se ha adoptado una medida aplicable a la situación interina que debe ser respetada tanto por la sociedad como por el registrador mercantil (*vide* sentencia 541/2010 de 9 diciembre, de la audiencia Provincial de La Coruña en un supuesto de comunidad hereditaria).

6. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente son hechos incontrovertidos que la totalidad de las participaciones de la sociedad constan a nombre del recurrente, exmarido de la solicitante y administrador único de la sociedad. Consta igualmente que las participaciones, por su ganancialidad, están integradas en la comunidad post-ganancial hasta que se lleve a cabo su liquidación. No resulta del expediente la existencia de un procedimiento judicial al respecto.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería la estimación del recurso por falta de legitimación de la solicitante al estar ante el supuesto del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital y no resultar del expediente la designación de un representante frente a la sociedad. Ahora bien, la concreta situación fáctica hace preciso que, de conformidad con la doctrina expresada en la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de fecha 11 de marzo de 2010 (sentencia núm. 111/2010, sección cuarta, dictada contra resolución de esta Dirección General), sea forzoso reconocer que de actuar así se estaría dejando en situación de profunda desigualdad a las partes interesadas en la sociedad. Ciertamente el sentido del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital protege a la sociedad frente a situaciones de comunidad obligando a que los comuneros actúen como si existiese un único interés frente a la sociedad. Cuando, en supuestos como el presente, existe una total confusión entre el interés de la sociedad y el interés de los comuneros y, además, existe una situación de igualdad de cuotas que imposibilita un acuerdo sobre designación de representante, es evidente que la solución no puede ser sin más la aplicación del precepto que, reiteramos, plantea un supuesto de hecho distinto. Si a lo anterior se añade que el socio único ha ostentado y sigue ostentando la administración única de la sociedad, resulta

evidente que la solución al conflicto no puede dejar en desamparo a quien ostenta el mismo interés protegible. De forma expresiva lo afirma la sentencia citada: «Por este conjunto de argumentos reputamos que la oposición de la sociedad, que toleró una situación de conocimiento de la falta de designación de representante, no le legitima para impedir el nombramiento de auditor. Es más en caso de conflicto entre los comuneros sobre cuál de ellos ostentaría la representación o discrepancias sobre un acto de administración, cabría, al ser ambos cotitulares por partes iguales, una decisión judicial al respecto por la vía del art. 398 III del CC, y, en el supuesto litigiosos analizado, no vemos en definitiva argumentos susceptibles de ser acogidos para considerar ilegítima la actuación del Registro Mercantil, hallándose justificada la pretensión de la apelada de estar informada de la situación patrimonial real de las sociedades de cuyas acciones y participaciones sociales es condueña, resultando difícilmente justificado que el otro cotitular de tales títulos valores tenga privilegiada información al respecto, dados los cargos sociales que ostenta, y que la demandada carezca de medios legales para obtenerla. El art. 7 del Código Civil también tiene algo que decir al respecto».

7. Para terminar es irrelevante a los efectos de la presente que no se hayan expresado informaciones anteriores relativas a la sociedad o que la solicitud de designación de auditor se base en meras sospechas. Nada de esto constituye el objeto de la presente que, como ha sido reiterado, lo constituye exclusivamente la decisión de si procede o no el nombramiento de auditor. 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 ahora también a la situación que constituye el objeto de la presente), 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, y como más recientes las de 12 de mayo, 4 de julio, 23 de septiembre y 23 de noviembre de 2016).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de A Coruña, don Luis López Iglesias, de fecha 19 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 5 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de A Coruña.

Resolución de 5 de julio de 2017 (9)

En el expediente 114/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Residencias Europeas Unidas, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., doña ….. y don ….. presentan un escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Salamanca, 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 titulares de más del 5% del capital social de «Residencias Europeas Unidas, S.A.», ya que el primero interviene en su propio nombre y en representación de los segundos ya que ambos tienen delegados en el mismo sus derechos políticos de forma permanente e indelegable, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad es notificada mediante escrito de 31 de marzo de 2017 de don Valentín Barriga Rincón, Registrador Mercantil de Salamanca, que es recibido el día 5 de abril. La mercantil formula oposición a la pretensión de los mencionados socios mediante escrito de 10 de abril suscrito por don ….., apoderado de la mercantil, siendo presentado en el mencionado Registro Mercantil el día 11. En el mismo se opone al nombramiento del auditor alegando que en la Junta General de 8 de abril de 2016 se renovó el nombramiento de la sociedad Audipyme para la auditoría correspondiente al ejercicio 2016, siendo inscrito el auditor nombrado a instancia de la mercantil.

III

El Registrador Mercantil de Salamanca, don Valentín Barriga Rincón dictó resolución en fecha 28 de mayo de 2017 por la que acordó no proceder al nombramiento del auditor solicitado, estimando la oposición de la sociedad al acreditarse la inscripción del cargo de auditor nombrado a instancia de la mercantil correspondiente al ejercicio 2016 en la inscripción 21 de la hoja social.

IV

Don ….., doña ….. y don ….. interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 28 de mayo indicando «la falsedad en el nombramiento de auditor para el ejercicio 2016 y el ejercicio de las acciones legales pertinentes contra los firmantes de la certificación depositada en el Registro Mercantil de Salamanca» ya que la misma «no se corresponde en absoluto con el contenido del acuerdo que la sociedad ha inscrito en el Registro 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. 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 art. 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.

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 presente expediente ha quedado acreditado el nombramiento anterior por parte de la mercantil de auditor para el ejercicio 2016 al acompañar acuerdo de la Junta General de socios de 8 de octubre de 2016 por el que se prorroga el nombramiento de la mercantil Audipyme S.L. para que audite las cuentas correspondientes al ejercicio 2016. Además, resulta acreditado tanto por el escrito de oposición como por la resolución del Registrador Mercantil de Salamanca objeto del presente recurso la inscripción de tal nombramiento. Por tanto, debe concluirse que la actuación de la mercantil ha enervado el derecho del socio minorista conforme a los fundamentos anteriormente expuestos.

3. Por último procede que este Centro Directivo se pronuncia sobre la afirmación contenida en el recurso interpuesto relativa a la falsedad contenida en la certificación inscrita en el Registro Mercantil. A tal efecto debe recordarse que 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Salamanca, Valentín Barriga Rincón, de fecha 28 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 5 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Salamanca.

Resolución de 6 de julio de 2017

En el expediente 118/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «VC Umformiechnik 2012, S.L.».

HECHOS

I

El día 23 de marzo de 2017 se presenta escrito de fecha 20 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona en el que la sociedad Matricial Ferrisa S.L.L. 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 «VC Umformtechnik 2012, S.L.», (concretamente titular del 58,08 % del mismos), suscrito por

su «administrador» sin indicar dato alguno respecto del mismo, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Mediante resolución de 30 de marzo de 2017 el mencionado Registro Mercantil requiere a la entidad solicitante para que el plazo de 10 días hábiles aporten a dicha oficina escrito de ratificación por persona o personas con poder o cargo inscrito o que acredite de forma completa su legitimidad. En contestación a tal requerimiento se presenta en plazo escrito de fecha 7 de abril suscrito por don ….., administrador de la mercantil Matricial Ferrisa S.L.L., ratificando la solicitud anteriormente citada acompañando copia de la escritura de nombramiento de administrador de 15 de enero de 2016 autorizada ante la Notario de Manresa, doña Cristina García Lamarca.

III

La sociedad es notificada por medio de escrito de fecha 21 de abril de 2017 de don Ignacio Garmendia Rodríguez, Registrador Mercantil de Barcelona, que es recibido el día 3 de mayo. La mercantil formula oposición a la pretensión del mencionado socio mediante escrito de 5 de mayo suscrito por doña ….., administradora de la mercantil, siendo presentado en el mencionado Registro Mercantil el mismo día 5.

En el mismo se opone al nombramiento del auditor alegando que con fecha 9 de enero de 2016 uno de los socios fundadores de la sociedad Matricial Ferrisa S.L.L. extinguió su relación laboral con la misma, extinción acordada por unanimidad en junta general extraordinaria de 8 de diciembre de 2015. Pese a tal extinción no ofreció a la venta sus participaciones sociales en el plazo de un mes conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley de Sociedades Laborales, lo que ha motivado la impugnación de los acuerdos sociales. Por tanto, entiende la oponente que la sociedad ha perdido la calificación de laboral al quedar únicamente dos socios, y por estas razones se ha solicitado por el Sr. ….. la convocatoria de Junta que acuerde la disolución y liquidación de la sociedad sin haber recibido hasta la fecha respuesta alguna.

IV

El Registrador Mercantil de Barcelona, don Jaime Sansa Torres dictó resolución de fecha 12 de mayo de 2017 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado, desestimando la oposición de la sociedad al considerar que las manifestaciones anteriormente expuestas exceden del limitado ámbito de conocimiento que el Reglamento del Registro Mercantil atribuye al Registrador Mercantil en el procedimiento registral de nombramiento de auditor a instancia del socio minorista.

V

Doña ….., administradora de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 12 de mayo reiterando que «el administrador de Matricial Ferrisa S.L.L. carece de legitimación para actuar en nombre de la sociedad, precisando en todo caso un acuerdo de Junta General de socios facultando a su administrador,

don ….., para solicitar el nombramiento de auditor de la mercantil VC Unformtechnik 2012, S.L.».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 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 art. 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 presente expediente no se discute la concurrencia de los requisitos de titularidad mínima del socio solicitante ni del plazo de presentación de la solicitud, debiendo limitarse el contenido de la presente resolución a determinar si procede estimar la pretensión alegada por la recurrente de que la sociedad laboral debería ser objeto de liquidación y disolución como consecuencia de la exclusión de uno de sus tres socios y de la impugnación de los acuerdos sociales anteriormente mencionados.

En lo relativo a la falta de legitimación del administrador de la mercantil Matricial Ferrisa S.L.L al no existir un acuerdo de la Junta General que le faculte, debe confirmarse que tal pretensión no puede ser estimada, y ello como consecuencia de que de los datos de la hoja registral abierta a la mercantil resulta que el mismo ostenta el cargo de administrador y, por tanto, se halla facultado para realizar todos los actos de gestión y administración de la misma, incluido por tanto la solicitud de nombramiento de auditor de la mercantil VC Unformtechnik 2012, S.L.

3. Por último, procede que este Centro Directivo se pronuncie sobre la afirmación contenida en el recurso interpuesto a la posible impugnación de los acuerdos de la Junta General Extraordinaria de 20 de diciembre de 2016. A tal efecto debe recordarse que 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 com-

pete 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona, don Jaime Sansa Torres, de fecha 12 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 6 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 10 de julio de 2017 (1)

En el expediente 116/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Santa Teresa Atención Geriátrica, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2017, 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 «Santa Teresa Atención Geriátrica, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad no se opuso a la pretensión de la socia siempre que fuere ella quien se hiciere cargo de la auditoría.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 18, don Antonio García Conesa dictó resolución en fecha 28 de abril de 2017 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado respecto de las cuentas del ejercicio 2008 (sic), inadmitiendo la petición de que el coste de auditoría sea satisfecho por la solicitante. De la resolución consta: «Que la solicitante lo hace respecto a las cuentas del ejercicio 2016, que el procedimiento seguido es el contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del reglamento del Registro Mercantil. Que la solicitud se ha presentado dentro del plazo de tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

IV

Doña ….., como administradora única, por escrito de fecha 6 de junio de 2017, que tuvo entrada el día 9 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a que han transcurrido los tres meses de plazo desde el cierre del ejercicio 2008 a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Es evidente que el recurso no puede prosperar. En realidad, la recurrente no entra a discutir la procedencia de la resolución estimatoria del registrador; se aferra a un error de la resolución del registrador mercantil para intentar que por esta Dirección General se revoque su decisión de considerar procedente la designación de auditor.

La pretensión es insostenible pues como resulta de todo del expediente tramitado, así como de la propia resolución del registrador mercantil de Madrid, la solicitud de designación de auditor se realizó respecto al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2016 (como prevé el art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), y se concedió en tales términos.

El mero error de grafía de la resolución del registrador no desvirtúa ni la procedencia de la designación de auditor por reunir la solicitud los requisitos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, ni la obviedad de que su contenido se refiere al ejercicio 2016 tal y como resulta del expediente.

Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 18, don Antonio García Conesa de fecha 28 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 10 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 10 de julio de 2017 (2)

En el expediente 119/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Trocheros, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. como representante de doña ….., presentó un escrito de fecha 27 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Lugo, en el que tuvo su entrada el día 30 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 su representada de más del 5% del capital social de «Trocheros, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando falta de legitimación por cuanto el poder para pleitos en que basa su actuación el representante de la socia solicitante no tiene expresamente comprendidas las facultades para instar solicitudes ante un registro público.

III

La registradora mercantil de Lugo, doña María Núñez Núñez dictó resolución en fecha 16 de mayo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….. y don ….., como administradores mancomunados, por escrito de fecha 23 de mayo de 2017, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Lugo, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

Don ….., por escrito de fecha 8 de junio de 2017, con entrada en el Registro Mercantil el día 13 de junio siguiente, lleva a cabo alegaciones en el sentido de que se deben entender suficientes las facultades que resultan del poder presentado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Los administradores de la sociedad respecto de la que se efectúa la solicitud de designación de auditor no discuten que la solicitante es socia, que reúne el capital preciso para efectuar la solicitud y que esta se ha llevado a cabo en los términos temporales delimitados por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

La única causa de oposición de la sociedad y ahora de recurso consiste en discutir la suficiencia del poder en virtud del que actúa el representante de la solicitante, motivo que no puede ser estimado por esta Dirección General.

2. La afirmación de que el poder aportado es insuficiente para la actuación representativa que constituye el objeto del expediente es insostenible. De la documentación aportada por la representante resulta que actúa en nombre e interés de su principal y en virtud de un poder notarial, cuya copia aporta, y del que resulta que, entra otras, ostenta las siguientes facultades: «Para intervenir ante toda clase de órganos de la Administración Nacional, Autonómica o Provincial o Municipal, en los expedientes que en ellos se promuevan o se sigan. Para seguir toda clase de procedimientos de jurisdicción voluntaria regulados en las leyes procesales o sustantivas».

3. 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.

La instrucción del expediente que nos ocupa se debe llevar a cabo por las normas contenidas en el Reglamento del Registro Mercantil al respecto y, en lo que en ellas no se contemple, por las normas generales del procedimiento administrativo (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Consecuentemente, resultando indiscutible el carácter administrativo del procedimiento seguido en este expediente y que el actuante ostenta facultades para actuar en nombre y representación de su principal ante cualquier Administración pública y en el ámbito de cualquier procedimiento, no procede sino la desestimación de este único motivo de recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Lugo, doña María Núñez Núñez de fecha 16 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 10 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Lugo.

Resolución de 12 de julio de 2017 (1)

En el expediente 128/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Liquidaciones del Sur, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 31 de marzo de 2017, 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 «Liquidaciones del Sur, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

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. Indica que la finalidad de tales pretensiones es ejecutar un instrumento coercitivo en «clara persecución de sus intereses particulares, que son contrarios a los intereses societarios». Concluye por tanto que tal solicitud «debe enmarcarse como un acto de mala fe que persigue otros objetivos ajenos al esclarecimiento, control y auditoría de las futuras cuentas», siendo además que la sociedad se encuentra en la actualidad en «una gravísima situación deficitaria en términos económicos».

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 12 de mayo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 8 de junio de 2017, 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, es decir, la motivación del solicitante contraria a los fines de tal institución, actuando de mala fe el socio solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 al no expresar causa alguna en la mencionada solicitud y las posibles consecuencias de contenido negativo para la sociedad sin beneficio alguno para el mismo.

2. Respecto a la primera 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).

3. 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 peti-

ción 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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 12 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 12 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 12 de julio de 2017 (2)

En el expediente 129/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Biocombustibles Montequinto, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 15 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 20 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 «Biocombustibles Montequinto, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

Dicha solicitud fue notificada a la sociedad por resolución de 21 de marzo para que formulare oposición al nombramiento si lo estimaba oportuno.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito de 11 de abril de 2017 presentado el mismo día en el Registro Mercantil de Sevilla alegando que el solicitante no está legitimado para iniciar el expediente puesto que en la Junta General celebrada el 30 de junio de 2016 se acordó ampliar el capital social de la mercantil en 30.000 euros mediante la creación de 30.000 nuevas participaciones sociales de un euro de valor cada una de ellas, siendo elevado a público mediante escritura con número de protocolo 2144 de don Santiago Soto Díaz, Notario de Sevilla. Tal ampliación no ha sido inscrita en el Registro Mercantil al haber sido calificada de defectuosa, y haber sido subsanada por escritura de rectificación y complemento de 10 de abril del mismo notario presentada en el mencionado registro público el 10 de abril de 2017.

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 23 de mayo de 2017 por la que acordó admitir la oposición y denegar al nombramiento del auditor solicitado al haber probado la sociedad suficientemente la negación de la legitimación del solicitante.

IV

Don ….. por escrito de fecha 14 de junio de 2017, que tuvo entrada el día 16 en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, concluyendo que el acuerdo de aumento de capital anteriormente citada «no ha tenido acceso al Registro Mercantil y, previsiblemente –tanto por defectos formales como de fondo, y por el cierre actual de la hoja del registro–, no podrá acceder,

por lo que no puede ser impedimento para el ejercicio de un derecho legal– nombramiento de un auditor de cuentas– concedido al socio protegido por la buena fe del Registro Mercantil».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 el motivo alegado por el solicitante, alegando su legitimación puesto que, como consecuencia de un acuerdo de Junta general de aumento de capital, su participación en la mercantil ha quedado por debajo del mínimo legal requerido para instar tal nombramiento, y ello pese a que tal acuerdo no resulte inscrito tanto por un defecto subsanable, y subsanado, como por el cierre registral provocado como consecuencia de la falta de depósito de las cuentas anuales.

2. Esta Dirección ya se ha pronunciado anteriormente 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 ya en su beneficio (resolución de 13 de junio de 2016), ya en su perjuicio (resolución de 16 de agosto de 2016).

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. Esta regulación se adecúa a las reglas generales de eficacia del Registro Mercantil pues para que un hecho inscribible surta efectos frente a terceros, es preciso elevarlo a escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil (art. 21 del Código de Comercio). Sólo 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).

3. 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 el momento de su ejecución el acuerdo social despliega sus efectos y los socios pueden actuar en consecuencia. La suscripción y desembolso de acciones o participaciones atribuye la condición de socio (art. 91 de la Ley de Sociedades de Capital), y legitima para ejercitar los derechos inherentes a la misma (art. 93 del mismo texto legal), siempre de acuerdo a los requisitos que para su ejercicio exige el ordenamiento y sin perjuicio de las restricciones derivadas del hecho de la no inscripción (art. 34 de la propia Ley), o de la responsabilidad que de dicha circunstancia derive hacia los administradores (art. 54, 55 y 316 de la Ley). Los socios por tanto, desde ese momento, están legitimados frente a la sociedad para que esta les reconozca la condición de socio (art. 104 de la Ley), y el ejercicio de los derechos inherentes a esta condición: derecho al dividendo (art. 275), a la cuota de liquidación (art. 392), al de asunción o suscripción preferente (art. 304), al de asistir (art. 179), y votar (art. 188), en las juntas generales, así como el de obtener información (196 y 197 de la Ley), e impugnar los acuerdos sociales (art. 206), entre otros. 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 definitiva, 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 aquellos 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 sólo los meramente internos (*vid.* artículo 19 del Código de Comercio en relación a los artículos 81.2, 83 y 94.1.2.ª del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta es la doctrina acorde con 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 otros).

4. En el presente caso resulta del expediente y de la documentación aportada, que la escritura de aumento de capital justificaría exclusión de la legitimación del socio requirente causando efectos desde la válida adopción de los acuerdos sociales. Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 23 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 12 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 12 de julio de 2017 (3)

En el expediente 130/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Biocombustibles Aljarafe, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 15 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 20 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 «Biocom-

bustibles Aljarafe, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

Dicha solicitud fue notificada a la sociedad por resolución de 21 de marzo para que formulare oposición al nombramiento si lo estimaba oportuno.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito de 11 de abril de 2017 presentado el mismo día en el Registro Mercantil de Sevilla alegando que el solicitante no está legitimado para iniciar el expediente puesto que en la Junta General celebrada el 30 de junio de 2016 se acordó ampliar el capital social de la mercantil en 30.000 euros mediante la creación de 30.000 nuevas participaciones sociales de un euro de valor cada una de ellas, siendo elevado a público mediante escritura con número de protocolo 2146 de don Santiago Soto Díaz, Notario de Sevilla. Tal ampliación no ha sido inscrita en el Registro Mercantil al haber sido calificada de defectuosa, y haber sido subsanada por escritura de rectificación y complemento de 10 de abril del mismo notario presentada en el mencionado registro público el 10 de abril de 2017.

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 2 de junio de 2017 por la que acordó admitir la oposición y denegar al nombramiento del auditor solicitado al haber probado la sociedad suficientemente la negación de la legitimación del solicitante.

IV

Don ….. por escrito de fecha 14 de junio de 2017, que tuvo entrada el día 16 en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, concluyendo que el acuerdo de aumento de capital anteriormente citada «no ha tenido acceso al Registro Mercantil y, previsiblemente –tanto por defectos formales como de fondo, y por el cierre actual de la hoja del registro–, no podrá acceder, por lo que no puede ser impedimento para el ejercicio de un derecho legal– nombramiento de un auditor de cuentas– concedido al socio protegido por la buena fe del Registro Mercantil».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 no puede estimar el recurso basado en el único motivo de que el aumento de capital acordado en junta general no resulte inscribible tanto por un defecto subsanable, y subsanado, como por el cierre registral derivado de la falta de depósito de las cuentas anuales.

2. Esta Dirección ya se ha pronunciado anteriormente 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 ya en su beneficio (resolución de 13 de junio de 2016), ya en su perjuicio (resolución de 16 de agosto de 2016).

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. Esta regulación se adecúa a las reglas generales de eficacia del Registro Mercantil pues para que un hecho inscribible surta efectos frente a terceros, es preciso elevarlo a escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil (art. 21 del Código de Comercio). Sólo 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).

3. 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 el momento de su ejecución el acuerdo social despliega sus efectos y los socios pueden actuar en consecuencia. La suscripción y desembolso de acciones o participaciones atribuye la condición de socio (art. 91 de la Ley de Sociedades de Capital), y legitima para ejercitar los derechos inherentes a la misma (art. 93 del mismo texto legal), siempre de acuerdo a los requisitos que para su ejercicio exige el ordenamiento y sin perjuicio de las restricciones derivadas del hecho de la no inscripción (art. 34 de la propia Ley), o de la responsabilidad que de dicha circunstancia derive hacia los administradores (art. 54, 55 y 316 de la Ley). Los socios por tanto, desde ese momento, están legitimados frente a la sociedad para que esta les reconozca la condición de socio (art. 104 de la Ley), y el ejercicio de los derechos inherentes a esta condición: derecho al dividendo (art. 275), a la cuota de liquidación (art. 392), al

de asunción o suscripción preferente (art. 304), al de asistir (art. 179), y votar (art. 188), en las juntas generales, así como el de obtener información (196 y 197 de la Ley), e impugnar los acuerdos sociales (art. 206), entre otros. 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 definitiva, 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 aquellos 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 sólo los meramente internos (*vid.* artículo 19 del Código de Comercio en relación a los artículos 81.2, 83 y 94.1.2.ª del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta es la doctrina acorde con 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 otros).

4. En el presente caso resulta del expediente y de la documentación aportada, que la escritura de aumento de capital justificaría la exclusión de la legitimación del socio requirente causando efectos desde la válida adopción de los acuerdos sociales. Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 2 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 12 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 17 de julio de 2017 (1)

En el expediente 53/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Provif Energías Renovables, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., administrador único de la sociedad Proyectos y Servicios Scala Grup S.L. presentó un escrito de fecha 7 de febrero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Navarra, en el que tuvo su entrada el día 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 « Provif Energías Renovables, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad tiene contratado desde el día 4 de noviembre de 2016 a una firma auditora, Expertos Independientes Auditores S.L.P., para llevar a cabo la auditoría demandada, acompañándose hoja de encargo. 2.º Que la sociedad ha tenido conocimiento de la impugnación por nulidad de la compraventa de acciones de la sociedad solicitante por lo que carece de legitimación, acompañándose copia de la demanda y justificante de su presentación.

A la vista del escrito de oposición, el registrador mercantil de Navarra requirió a la sociedad para que acreditase el nombramiento de auditor en fecha anterior a la solicitud, así como para que justificase la solicitud de inscripción o bien la incorporación del informe de auditoría al expediente.

III

La sociedad solicitante, por su parte, presenta escrito de alegaciones de fecha 10 de marzo de 2017, que tuvo entrada en el Registro Mercantil el día 13 inmediato posterior, en el que pone de relieve: 1.º Que la sociedad Provif Energías Renovables, S.A. sólo ha presentado una oferta de servicios, lo que no constituye un contrato de auditoría y sin que exista constancia de aceptación por el auditor, ni de inscripción en el Registro Mercantil. Que las cuentas correspondientes a los ejercicios 2012–2015, no se han depositado. 2.º Que en cuanto a la existencia de una demanda de nulidad no tiene constancia de su admisión a trámite y que, en cualquier caso, hasta que no resulte sentencia firme no puede hablarse de falta de legitimación.

IV

La sociedad Provif Energías Renovables, S.A., por medio de escrito de fecha 9 de marzo de 2017 que tuvo entrada en el Registro Mercantil el día 14 inmediato posterior, da contestación al requerimiento hecho por este último en el sentido de que: acompaña escrito de la sociedad de auditoría confirmando el nombramiento anterior y que en cuanto se emita el informe de auditoría lo aportará al expediente, así como remitirá copia a cada uno de los accionistas de la sociedad.

V

El registrador mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Martín dictó resolución en fecha 21 de marzo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

VI

Don ….., como presidente del Consejo de Administración de la sociedad, por escrito de fecha 19 de abril de 2017, que tuvo entrada el día 24 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Navarra, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando la existencia de la designación previa de auditor y de ofrecimiento de incorporación al expediente del informe de auditoría una vez se haya realizado así como de su puesta a disposición de los accionistas de la sociedad.

VII

A la luz de las alegaciones contenidas en el escrito de recurso esta Dirección requirió al recurrente a fin de que aportara al expediente bien justificación de inscripción de nombramiento de auditor voluntario en el Registro Mercantil, bien informe de verificación de cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 con la finalidad de incorporarlo al propio expediente, apercibiéndole de que, de no hacerlo, se dictaría resolución de acuerdo al contenido del expediente.

VIII

Don ….., en la misma representación, presenta escrito de fecha 26 de junio de 2017 en el que expone: que tan pronto recibió el escrito de esta Dirección General en fecha 15 de junio dio traslado a la sociedad de auditoría para que procediesen a finalizar el informe. Que la citada firma, de gran prestigio, informo de que no era posible la finalización en el plazo señalado. Que se acompaña carta explicativa de la sociedad de auditoría, así como borrador de informe hasta septiembre de 2016. Que de todo lo anterior consta acreditado el nombramiento anterior de auditor para el ejercicio 2016 y que dicha firma ha llevado a cabo los trabajos correspondientes a casi la totalidad del ejercicio. Que la sociedad se ha comprometido a presentar el informe una vez concluido por lo que no se puede imponer la duplicidad de gastos cuando ya se ha llevado a cabo gran parte del trabajo y cuando existe su compromiso de ponerlo a disposición de los accionistas.

Junto al anterior escrito se presenta un documento de la sociedad de auditoría del que resulta: Que en fecha 4 de noviembre de 2016 presentaron oferta de servicios para auditar balance de la sociedad a 30 de septiembre de 2016 con la finalidad de reducir el capital; que en fecha 15 de diciembre se solicitó la modificación del encargo a auditoría de cuentas del ejercicio 2016 que fue aceptada presentando oferta el día 16 de diciembre para la realización de auditoría de cuentas; que a dicha fecha, el trabajo estaba en fase avanzada existiendo un borrador de auditoría de balance a 30 de septiembre de 2016; que como consecuencia de la solicitud que motiva la presente los trabajos quedaron paralizados y que a la fecha de suscripción de la carta no disponen de información alguna sobre la contabilidad de la sociedad del ejercicio 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. 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 art. 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, indepen-

dencia 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.»

2. 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 sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 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.»

A falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil.

3. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad ha sido incapaz de garantizar el interés del socio minoritario mediante alguno de los medios expresados y, si bien ha quedado acreditado de modo suficiente que designó auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2016, ni ha inscrito su nombramiento ni ha aportado al expediente el informe de verificación. Las afirmaciones que contiene el último escrito presentado por la sociedad no pueden desvirtuar las conclusiones anteriores.

Ciertamente tiene razón la sociedad cuando afirma que no se puede pretender que el informe de verificación esté completado en un plazo inferior al legal, pero del conjunto de la documentación que consta en el expediente resulta que no ha llevado las acciones necesarias para salvaguardar el derecho del socio minoritario. Es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación contable por lo que su contabilidad no tiene porqué revestir una especial complejidad (*vide* artículos 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, si bien del propio escrito del auditor designado resulta que carece de toda información sobre las cuentas del ejercicio 2016; d) que al tiempo de emitir esta resolución han transcurrido más de seis meses desde el cierre del ejercicio social, plazo en el que la Junta Ordinaria de la sociedad debe aprobar las cuentas anuales previa convocatoria, momento en el que ya debe existir el informe de verificación a disposición de los socios (art. 164 en relación al 272 de la Ley de Sociedades de Capital); 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* artículo 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). Bien al contrario, lo que resulta

con toda claridad es que la única acción emprendida ha sido la realización de un borrador de auditoría de balance cerrado a 30 de septiembre de 2016 sin que exista documento de verificación alguno posterior al mismo y sin que la sociedad de auditoría tenga a su disposición documentación relativa a las cuentas anuales de la sociedad de dicho ejercicio.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Martín de fecha 21 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 17 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Navarra.

Resolución de 17 de julio de 2017 (2)

En el expediente 55/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Grúas Carlos, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 22 de febrero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Córdoba, 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 «Grúas Carlos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que en virtud de contratos de prestación de servicios de fecha 3 de enero de 2017 la sociedad dispone de auditor para

verificación de las cuentas de 2016. Se acompaña documento de aceptación de encargo por la sociedad QRS Auditoría S.L.P. legitimado notarialmente, así como copia del órgano de administración por la que se decide su nombramiento, también legitimada notarialmente.

III

El registrador mercantil de Córdoba, don Francisco Manuel galán Ortega dictó resolución en fecha 5 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 27 de abril de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Córdoba, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil no exige en absoluto la fehaciencia de la fecha tal y como exige la resolución del registrador. Que de acuerdo con la Ley 39/2015, los interesados se responsabilizan de la veracidad de la información aportada a la administración. 2.º Que de seguirse la opinión del registrador mercantil se vulneraría el principio de prioridad pues se llevaría a cabo la inscripción de designación de un auditor cuya solicitud es posterior. 3.º Que la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007, sanciona la indiferencia del origen del informe de verificación. 4.º Que se dan las dos condiciones exigidas pues es anterior en el tiempo tanto la designación como aceptación del auditor de la sociedad como el hecho de que se haría precisa la presentación del informe de verificación para poder depositar las cuentas, dada la solicitud de inscripción que ha llevado a cabo la sociedad.

V

A la luz de las alegaciones contenidas en el escrito de recurso esta Dirección requirió al recurrente a fin de que aportara al expediente bien justificación de inscripción de nombramiento de auditor voluntario en el Registro Mercantil, bien informe de verificación de cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 con la finalidad de incorporarlo al propio expediente, apercibiéndole de que, de no hacerlo, se dictaría resolución de acuerdo al contenido del expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. 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 art. 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 aque-

lla 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 sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 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.»

A falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil.

2. Por parte de esta Dirección General, ante las alegaciones formuladas en el escrito de recurso y de conformidad con la previsión del artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se procedió a requerir a la sociedad para que en el curso del plazo de quince días procediera a justificar ante esta Administración bien la inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor bien la aportación al expediente del correspondiente informe de verificación.

La sociedad, mediante escrito de fecha 4 de julio y con entrada en este ministerio el día siguiente, aporta al expediente informe de verificación correspondiente a la sociedad y a su ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2016. El informe está emitido por la firma QRS Auditoría S.L.P. y tiene fecha 3 de julio de 2017.

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 valora-

ción jurídica que de tal pretensión puedan deducir los Tribunales de Justicia (Fundamento de Derecho segundo *in fine*).

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Córdoba, don Francisco Manuel Galán Ortega de fecha 5 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 17 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Córdoba.

Resolución de 17 de julio de 2017 (3)

En el expediente 78/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Hijos de Andrés Sánchez Rodríguez, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. y doña ….. (representada esta por don …..), presentaron un escrito de fecha 22 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Salamanca, 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 titulares de más del 5% del capital social de «Hijos de Andrés Sánchez Rodríguez, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que se ha formalizado por la administración de la sociedad y con determinado auditor, los trabajos encaminados a la auditoría solicitada.

III

El registrador mercantil de Salamanca, don Valentín Barriga Rincón dictó resolución en fecha 27 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 16 de mayo de 2017, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Salamanca, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, afirmando: «1.º Que en fecha 30 de diciembre de 2016 se intentó practicar la inscripción de nombramiento de auditor lo que el Registro Mercantil no permitió por encontrarse el folio social cerrado por falta del depósito de las cuentas de 2014. 2.º Que lo anterior no impide acreditar la anterioridad del nombramiento llevado a cabo y satisfacer así el interés de los socios a que las cuentas sociales sean verificadas.»

V

A la luz de las alegaciones contenidas en el escrito de recurso esta Dirección requirió al recurrente a fin de que aportara al expediente bien justificación de inscripción de nombramiento de auditor voluntario en el Registro Mercantil, bien informe de verificación de cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 con la finalidad de incorporarlo al propio expediente, apercibiéndole de que, de no hacerlo, se dictaría resolución de acuerdo al contenido del expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. 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 art. 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 sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 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».

A falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil.

2. Por parte de esta Dirección General, ante las alegaciones formuladas en el escrito de recurso y de conformidad con la previsión del artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se procedió a requerir a la sociedad para que en el curso del plazo de quince días procediera a justificar ante esta Administración bien la inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor bien la aportación al expediente del correspondiente informe de verificación.

La sociedad, mediante escrito de fecha 7 de julio de 2017 y con entrada en este ministerio el día 12 inmediato posterior, aporta al expediente informe de verificación correspondiente a la sociedad y a su ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2016. El informe está emitido por don ….. (ROAC 16708), y tiene fecha 3 de julio de 2017.

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 (Fundamento de Derecho segundo *in fine*).

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Salamanca, don Valentín Barriga Rincón de fecha 27 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 17 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Salamanca.

Resolución de 17 de julio de 2017 (4)

En el expediente 115/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Palau Hermanos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito 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 «Palau Hermanos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Tras la realización de los trámites oportunos, la registradora mercantil de Alicante núm. 4, doña María Pilar Planas Roca resolvió la procedencia del nombramiento mediante resolución de fecha 3 de abril de 2017.

III

Mediante escrito de fecha 10 de abril de 2017, con entrada en el Registro Mercantil de Alicante el día 10 de abril de 2017, doña ….. y don ….. exponen: Que son la esposa e hijo de don ….. quien falleció el día 9 de febrero de 2017 bajo testamento autorizado ante el notario don ….. el día 18 de agosto de 1970, conforme al cual son herederos del causante sus dos hijos ….. y ….., así como su viuda en cuanto al derecho que le corresponde de usufructo universal así como en la liquidación de bienes gananciales (entre los que se encuentran las 12259 participaciones sociales de la mercantil Palau Hermanos S.L.) Que existe una comunidad hereditaria que se rige por el artículo 398 del Código Civil en cuanto a la adopción de acuerdos. Que representando la viuda y el hijo compareciente la mayor cantidad de intereses acuerdan desistir del procedimiento de designación de auditor formulado en su día por don ….. interesando el cierre del expediente.

IV

Requeridos los solicitantes por la registradora mercantil de Alicante núm. 4 para la acreditación de representación para actuar en nombre de la heredera doña ….., responden, mediante escrito de fecha 28 de abril de 2017, que no ostentan representación alguna, sino que actúan como titulares del mayor número de intereses en la herencia del promotor del expediente y de acuerdo a la previsión del artículo 398 del Código Civil.

La registradora mercantil de Alicante núm. 4, doña María Pilar Planas Roca dictó resolución en fecha 12 de mayo de 2017 por la que acordó inadmitir la solicitud en base a lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

V

Mediante escrito de fecha 9 de junio de 2017, con sello de imposición de Correos de fecha 12 de junio y con entrada en el Registro Mercantil de Alicante el día inmediato posterior, los solicitantes interponen recurso ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado insistiendo en sus argumentos: «Que doña ….., como viuda del causante y en virtud de las disposiciones de su testamento, dispone del usufructo vitalicio y universal así como de las participaciones de la sociedad por ser de naturaleza ganancial. Que don ….., como heredero de su padre, ostenta derechos sobre la totalidad de la nuda propiedad de los bienes del causante. Que ostentando la mayor parte de los intereses de la herencia y de conformidad con la previsión del artículo 398 del Código Civil, acuerdan desistir del procedimiento. Que la registradora afirma la necesidad de nombrar un representante conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, pero es inadmisible al sustituir el régimen de mayoría legalmente previsto por el de unanimidad. Que no es preciso un nombramiento formal de representante, sino que basta con que la mayoría de intereses acuerde lo que convenga».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 53, 84 y 94 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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. Se plantea en este expediente una cuestión sobre la que esta Dirección se ha pronunciado reiteradamente de modo que la doctrina elaborada debe ser, nuevamente, de aplicación. Conforme a dicha doctrina, tiene declarado esta Dirección General que, como ha mantenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras la disolución del matrimonio se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad postganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por cualquiera de los cónyuges pero, en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1998 y 10 de julio de 2005).

En base a la misma doctrina, esta Dirección consideró reiteradamente que acreditado el carácter ganancial de las participaciones y la concurrencia de causa de disolución, el cónyuge no titular estaba legitimado para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital afirmando que no debe confundirse el supuesto de comunidad postganancial con el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

2. Posteriormente esta antigua doctrina fue objeto de revisión por no existir causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad. Así lo expresa el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con toda claridad: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Así lo ha afirmado de forma reiterada esta Dirección en relación a otras comunidades de tipo germánico como la que surge al fallecimiento del socio titular entre los llamados a su herencia (resoluciones de 28 de julio y 3 de noviembre de 2014).

Consecuentemente cuando se ponga de manifiesto ante la sociedad el hecho de la disolución de la sociedad de gananciales de la que forma parte el socio titular y la consecuente existencia de una situación de cotitularidad postganancial, será de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues sólo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad (*vide* sentencia del Tribunal Supremo 50/2005 de 14 de febrero).

De conformidad con la doctrina al efecto de este Centro, ante un supuesto de comunidad se ha de exigir para ejercitar los derechos que la ley confiere al socio, o bien que concurran todos los interesados, o bien que todos ellos hubieran designado un representante para el ejercicio de los derechos de socio conforme lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital (resolución de 1 de agosto de 2014), circunstancia que debe ser debidamente acreditada (resolución de 7 de octubre de 2013).

Colofón de la anterior doctrina es que uno sólo de los partícipes de la comunidad postganancial no puede actuar sin que resulte su designación por el otro pues como mero titular de un porcentaje sobre un conjunto de acciones o participaciones sociales carece de legitimación para ejercitar el derecho a solicitar la verificación contable que corresponde a los dos (resolución de 4 de junio de 2014).

Así lo entiende la sentencia 45/2006 de 7 febrero, de la Audiencia Provincial de Murcia cuando afirma: « como resultado, de todo lo expuesto, que en este nuevo régimen jurídico derivado de la disolución de la sociedad de gananciales, aquellos pactos iniciales referidos al reparto de la titularidad nominal de las acciones, carecen de validez, y por tanto han de declararse nulos los acuerdos sociales adoptados conforme a los mismos en la Junta General de Socios celebrada el día 7 de mayo de 2005 por infracción de lo dispuesto en el artículo 35 LSRL relativo a las reglas de copropiedad de participaciones sociales» (en sentido similar la sentencia 393/2010, de 11 de marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña).

3. Cuando, como en el supuesto que da lugar a la presente, la disolución de la sociedad de gananciales se debe al fallecimiento de uno de los dos cónyuges, la situación anteriormente descrita se superpone a esta circunstancia. Es doctrina de esta Dirección General (siguiendo al Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de noviembre de 2004), que fallecido un socio y en tanto se lleve a cabo la partición, los coherederos tienen derecho al conjunto de la herencia

pero no sobre bienes concretos como puedan ser las participaciones sociales presentes en el caudal relicto; y es que la comunidad existente entre los coherederos, en cuanto comunidad germánica, les hace partícipes de una cuota sobre la totalidad de los bienes hereditarios pero no sobre bienes concretos. De aquí que sea igualmente de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues sólo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad.

De conformidad con dicha doctrina, este Centro ha afirmado que ante un supuesto de comunidad post-ganancial y hereditaria en la que existen participaciones del causante se ha de exigir para ejercitar los derechos que la ley confiere al socio, o bien que concurran todos los interesados, o bien que todos ellos hubieran designado un representante para que ejercite los derechos de socio conforme lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

De igual modo, uno sólo de los partícipes de la comunidad no puede actuar sin que resulte su designación por el conjunto de coherederos pues como mero titular de un porcentaje sobre un grupo de bienes entre los que existen participaciones sociales carece de legitimación para ejercitar el derecho a solicitar la verificación contable que corresponde al conjunto de ellos (resolución de 4 de junio de 2014).

4. Establecido lo anterior, la cuestión se traslada al modo en que el acuerdo a que se refiere el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital debe ser alcanzado. A falta de norma especial, la designación del representante común *ex* artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital procederá de acuerdo con las normas previstas en la legislación civil. A la vista de lo que dice el artículo 398.1 del Código Civil, no existiendo regla pactada voluntariamente en contrario, será necesario el acuerdo de la mayoría de los partícipes. Se trata de una mayoría de cuotas o intereses, no de personas (argumento *ex* artículo 398.2 del Código Civil). Si no resultare mayoría o el acuerdo de ésta fuera gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el juez puede proveer a la designación de representante único frente a la sociedad *ex* artículo 398.3 del Código Civil en relación con lo previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital. En cualquier caso, debe acreditarse la designación a los efectos de ejercitar los derechos inherentes al porcentaje de capital. La sociedad puede resistir el ejercicio del derecho de solicitud de nombramiento de auditor por un copropietario que no sea el representante único designado por todos los partícipes: así lo tiene declarado este Centro Directivo en Resoluciones de 19 y 20 de abril de 1994, 15 de septiembre de 2006, 8 de junio de 2007 y 13 de junio y 8 de noviembre de 2013.

Por último, resta por determinar cómo puede acreditarse el acuerdo alcanzado de modo que el registrador obtenga el convencimiento preciso para estimar o desestimar el ejercicio de los derechos inherentes a la condición del

socio fallecido. Ni el Código Civil ni la Ley de Sociedades de Capital imponen al respecto formalidad alguna especial por lo que bastará que de la documentación resultante del expediente resulte: que se ha producido el fallecimiento, que los solicitantes actúan como llamados a la sucesión y, en su caso, el viudo o viuda como partícipe de la sociedad postganancial, que expresan su voluntad de ejercer los derechos inherentes a la condición de socio y que, por alcanzar la mayoría prevista en el artículo 398 del Código Civil, lo hacen en un sentido determinado. Es preciso tener en cuenta que el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital no exige que la actuación en ejercicio de los derechos del socio en caso de comunidad sea siempre ejercitada por la misma persona o en un sentido determinado. Nada impide que para cada caso de ejercicio de la condición de socio los copartícipes designen a persona distinta. Nada impone tampoco que el ejercicio de los derechos del socio se haga de modo que, sin designar formalmente a una persona específica, quede debidamente determinado el sentido de la voluntad común. Lo trascendente a efectos del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital es que el conjunto de intereses representados en la comunidad actúe, frente a la sociedad, como una unidad.

Y así ocurre en el supuesto que da lugar a la presente, en el que resulta indiscutido que la viuda del socio es titular de una cuota del 50% en la sociedad de gananciales pendiente de liquidar en la que se integran, como parte del activo, las participaciones de que era titular el cónyuge premuerto; que el hijo es heredero universal en cuanto a un 50% en la sucesión de su padre y como tal legitimado, junto con el resto de nudo propietarios al ejercicio del derecho de voto (art. 127 de la Ley de Sociedades de Capital); que los dos instantes constituyen mayoría de intereses en la comunidad pendiente de liquidación; y finalmente, que ejercen su mayoría en un sentido determinado, en concreto ejerciendo el derecho al desestimiento reconocido en el artículo 94 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

5. En consecuencia, esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por doña ….. y don ….., como partícipes mayoritarios en la comunidad resultante del fallecimiento de don ….. solicitante de la auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 para la sociedad Palau Hermanos, S.L. y declarar concluso el procedimiento iniciado al no existir interés protegible que imponga su continuación.

En su virtud, esta Dirección General resuelve 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 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 17 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 17 de julio de 2017 (5)

En el expediente 121/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Sufuen, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., actuando en representación de la sociedad Tiche Consulting Inmobiliario S.L. y doña ….. presentaron un escrito de fecha 7 de febrero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Las Palmas, en el que tuvo su entrada el día 9 de febrero, 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 «Sufuen, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

Basan su solicitud en que si bien de la inscripción 18.ª de las de la sociedad resultaba la prórroga de la designación de la sociedad Mundiaudit S.L. como auditores de cuentas de la sociedad, para los ejercicios 2014–2016, dicha inscripción ha sido cancelada en la inscripción 19.ª por traer causa de la inscripción 10.ª cancelada a su vez. Que del contenido del Registro resulta que la sociedad tampoco tiene administradores con cargo inscrito sin que se haya convocado junta para la designación de auditores si bien la sociedad no está obligada a su designación.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el documento que causó la inscripción 19.ª no era título hábil para causarla y mucho menos para cancelar asientos distintos a los que se indican en el fallo. Que de acuerdo con el art 156.2 del Reglamento del Registro Mercantil es indispensable la toma de anotación preventiva de demanda de impugnación de acuerdos sociales para la cancelación de asientos posteriores, lo que no ocurrió en el supuesto. Que, con independencia de lo anterior, del artículo 208 de la Ley de Sociedades de Capital resulta que la sentencia que declare la nulidad de un acuerdo determinará la cancelación de los asientos posteriores que resulten contradictorios y la Dirección General de los Registros y del Notariado ha establecido que no corresponde al registrador determinar su alcance. Que, aunque así fuera, el registrador no podría incumplir lo dispuesto en una sentencia y resulta un hecho incontrovertible que la cancelación de los asientos que se ha llevado a cabo vulnera la sentencia de la Audiencia Provincial. Que la

designación de auditor implicaría un desacato al cumplimiento de dicha sentencia por lo que el error padecido al llevar a cabo las cancelaciones no puede prolongarse en la designación. 2.º Que del propio Registro resulta que la junta celebrada el día 22 de septiembre de 2014 procedió al nombramiento de auditor para el ejercicio 2016 sin que dicho acuerdo, aunque se haya cancelado la inscripción, haya sido objeto de impugnación. Que como consecuencia del acuerdo existe un contrato con la sociedad Mundiaudit S.L. para la realización de la auditoría del ejercicio 2016 cuyos trabajos ya han comenzado. Que la cancelación del asiento de inscripción de nombramiento de auditor no conlleva ni la ineficacia del nombramiento, ni de su aceptación ni del contrato suscrito.

III

El registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, don Adolfo Calandria Amigueti, de conformidad con el escrito de oposición, requirió a la sociedad, mediante escrito de fecha 9 de marzo de 2017, para que aportara al expediente el informe de verificación de las cuentas anuales correspondiente al ejercicio 2016. La sociedad responde mediante escrito de fecha 18 de abril de 2017 aportando al expediente el informe de verificación solicitado.

El registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, don Adolfo Calandria Amigueti dictó resolución en fecha 25 de abril de 2017 por la que acordó, tras una extensa fundamentación jurídica, admitir la oposición y desestimar la solicitud de nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., actuando en representación de la sociedad Tiche Consulting Inmobiliario S.L. y doña ….., presentaron sendos escritos, en parte idénticos, de fechas 23 y 26 de mayo de 2017, por lo que interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que no existe nombramiento inscrito de auditor en la hoja de la sociedad como consecuencia de la cancelación de la inscripción 18.ª, situación que ha causado estado. Que a lo anterior se une el hecho de que la sociedad carece de órgano de administración inscrito en el Registro Mercantil y que las personas que siguen ejerciendo el cargo no han facilitado la documentación que se les ha requerido y que no hay persona que haya podido designar al auditor. Que el auditor ha actuado con torticera intención pues se le ha notificado por esta parte que ya no es auditor de la sociedad. Que de admitirse la resolución del registrador se estaría dejando sin efecto la cancelación de su inscripción. 2.º Que esta parte ha obtenido designación de auditor para las cuentas del año 2015 tras la oportuna tramitación del expediente y resolución favorable de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Que, en consecuencia, la sociedad conocía perfectamente las consecuencias de la cancelación de la inscripción 18.ª por lo que su actitud es reveladora de la ocultación a los socios minoritarios. Que al auditor designado no se le ha facilitado información alguna teniendo que renunciar a su misión. Que el Registro ha tenido que designar nuevo auditor que, se teme la parte, tendrá el mismo destino ante la actuación reiterada de la sociedad. 3.º Que, como recoge la resolución impugnada, el auto de fecha 31 de marzo de 2017 del Juzgado de lo Mercantil ha confirmado la actuación del registrador en relación a la cancelación de inscripciones registrales. 4.º A los anteriores argumentos, doña ….., añade, en su escrito, lo siguiente: Que el registrador acepta la aportación extemporánea de un informe de verificación firmado el día 12 de abril de 2017 en base a que el auditor es un tercero con el que ha contratado la sociedad por lo que la cancelación no debe perjudicarle. Sin embargo, no es

hasta marzo de 2017 que se pone de manifiesto que hubiera realizado trabajo alguno, como lo demuestra que no hubiera hecho la verificación del ejercicio 2015. Que tampoco el auditor ha verificado si lo seguía siendo por lo que no puede considerarse tercero de buena fe pues tuvo conocimiento de la cancelación de su inscripción que se produjo en septiembre de 2014 y porque las personas que continúan ejerciendo la administración de la sociedad debieron ponerlo en su conocimiento. Que se reitera que si se admite el informe de verificación aportado se deja sin efecto real la anulación de la inscripción 18.ª

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 compleja situación tabular de la sociedad inscrita en el Registro Mercantil, así como el evidente estado de confrontación entre las personas que ejercen la administración de la sociedad y los socios que llevan a cabo la solicitud de designación de auditor hace preciso que este Centro Directivo precise, con carácter previo, cual es el objeto y contenido del presente procedimiento.

Es doctrina reiterada de esta Dirección que 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 y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

La evidente situación de conflicto que existe en la sociedad y entre los socios debe encontrar su vía de solución en los cauces adecuados, pero sin interferir en una materia, como la presente, en la que el ejercicio de un derecho individual del socio debe resolverse con independencia de cuales sean las acciones ejercitadas o que puedan ser ejercitadas por las partes legitimadas en los procedimientos que correspondan.

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.

2. Delimitado adecuadamente el objeto de la presente, resulta con toda claridad que el recurso no puede prosperar. 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 art. 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 con-

currentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 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».

A falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil.

3. Esta es precisamente la situación que se produce en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en el que resulta que se aporta el informe de verificación de cuentas de la sociedad referido al ejercicio respecto del que ejerció su derecho el solicitante. 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. 4 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procede en consecuencia la desestimación 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 (Fundamento de Derecho segundo *in fine*).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, don Adolfo Calandria Amigueti de fecha 25 de abril de 2017.

Lo 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 17 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Las Palmas.

Resolución de 17 de julio de 2017 (6)

En el expediente 137/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Teampro, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 29 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, 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 de más del 5% del capital social de «Teampro, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

Mediante escrito de 5 de abril de 2017 don Miguel Seoane de la Parra, Registrador Mercantil de Madrid requiere al presentante para que en el plazo de diez días aporte los documentos que acrediten la pérdida del carácter de unipersonalidad de la sociedad, al resultar del contenido registral que el solicitante es el único socio de la misma. El solicitante presenta escrito de fecha 20 de abril en el que acompaña copia de escritura de venta de participaciones sociales otorgada el 12 de septiembre de 2002 ante don Enrique Franch Valverde, Notario de Madrid.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que la petición se ha formulado fuera de plazo reglamentario ya que debe tenerse en consideración la fecha de presentación del escrito de subsanación anteriormente mencionado, por tanto, fuera del plazo previsto de tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social. En segundo lugar, entiende que en su caso el expediente adolece el defecto de nulidad ya que no le fue dado traslado en los cinco días siguientes para formular oposición. Además, añade que no existe causa para el nombramiento de auditor ya que el socio «podía haber ejercitado su derecho a la información y solicitar cuantos datos hubiera considerado oportunos», entendiendo que estamos ante «un claro abuso de derecho por parte del Sr. …..ya que formula la petición de nombramiento de auditor de cuentas sin demostrar que haya solicitado información alguna».

III

El registrador mercantil de Madrid, don Miguel Seoane de la Parra dictó resolución en fecha 18 de mayo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….. por escrito de fecha 20 de junio de 2017, que tuvo entrada el día 22 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, es decir, la falta de legitimidad del solicitante ya que según los archivos registrales la sociedad revestía el carácter de unipersonalidad, la extemporaneidad de la solicitud al entenderse realizada en la fecha de presentación del escrito de subsanación, y el abuso de derecho por parte del solicitante al no haber requerido información a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 prosperar e imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Los motivos de recurso se pueden agrupar en cuatro: la falta de legitimación del solicitante al resultar la sociedad inscrita con el carácter de unipersonalidad, la extemporaneidad de la solicitud, la falta de buena fe, y la situación de abuso de derecho que provoca la actuación del socio instante al no haber solicitado información a la sociedad sobre la situación contable de la misma.

2. En primer lugar se discute si el socio se encuentra legitimado para solicitar el nombramiento de auditor cuando siendo titular de más de un 5 % del capital social y acreditando, mediante la aportación de copia de la escritura de venta de las acciones sociales, la existencia de más socios cuando de la hoja registral resulta el carácter de unipersonalidad de la mercantil. En el presente expediente no puede resultar oponible por parte de la sociedad al socio solicitante la falta de inscripción de la pérdida de tal carácter de unipersonalidad, cuya inscripción no reviste el carácter de constitutivo. Por tanto, presentada una prueba de tal circunstancia en fecha anterior al inicio del presente expediente, año 2002, deberá ser la sociedad la que debiera presentar un principio de prueba que desvirtúe la legitimación del mencionado socio, cuestión

que no puede entenderse realizada por la simple manifestación en sede de recurso.

3. En segundo lugar pretende la sociedad que se entienda presentada la solicitud de manera extemporánea ya que, si bien la solicitud inicial se presentó el 30 de marzo de 2017 dentro del plazo legalmente previsto, tal solicitud fue complementada y subsanada por escrito presentado el 24 de abril una vez transcurrido el citado plazo de tres meses. En ningún momento es objeto de recurso el requerimiento de subsanación o complemento realizado por el funcionario competente, sino que se limita el objeto de la controversia a determinar si debe considerarse como fecha de presentación la del escrito inicial o la del segundo escrito de complemento o subsanación. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (RDGRN de 25 de agosto de 2012) que debe considerarse como fecha de inicio la de la presentación la de la solicitud inicial, es decir el 30 de marzo, sin resultar en ningún caso aplicable como pretende la recurrente lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 68 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas 39/2015 de 1 de octubre, precepto referido exclusivamente al supuesto de presentación presencial de documentos por aquellos sujetos que tienen obligación de relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas.

4. Respecto a la primera 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).

5. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad plantea la posible inexistencia de una justa causa que ampare la solicitud al indicar la sociedad que el socio no ha ejercitado su derecho a la información en ningún momento. 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.

6. No es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales o la falta de ejercicio de su derecho a la información frente a la sociedad (*vide* 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 (*vide* artículos196 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. 4.1 de Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de cuentas).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid don Juan Miguel Seoane de la Parra de fecha 18 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 17 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 19 de julio de 2017 (1)

En el expediente 65/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hirigintza Teknikariak S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó un escrito de fecha 29 de marzo de 2017 dirigido al Registro Mercantil de Bilbao, 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 «Hirigintza Teknikariak S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia: 1.ª La existencia de un auditor nombrado con anterioridad a la solicitud del socio minoritario y 2.ª, las dificultades económicas para hacer frente a tal cargo.

III

El registrador mercantil de Bilbao, don Carlos Alonso Olarra, dictó resolución de fecha 6 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 2 de mayo de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Bilbao, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en relación sólo con el primer defecto.

V

El recurrente fue requerido por parte de este Centro Directivo con fecha 23 de marzo de 2017, al objeto de acreditar bien la inscripción del nombramiento de auditor bien el informe de verificación de cuentas puesto a disposición del socio de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016. Con fecha 22 de junio se presentó escrito en esta Dirección General de donde resulta que a juicio del recurrente basta con la existencia del nombramiento sin que sea necesaria la inscripción del cargo y la puesta a disposición del informe se realizará cuando efectivamente esté finalizado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 trata de decidir en el presente recurso si cabe la posibilidad de nombrar un auditor a instancia del socio que cumple los requisitos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital cuando por parte de la sociedad se alega que

ya existe un auditor nombrado con anterioridad a la fecha de solicitud sin que se acredite la inscripción del mismo o la puesta disposición del informe de verificación.

De la documentación aportada por el recurrente no resulta documento alguno que acredite la inscripción del nombramiento de auditor relativo al ejercicio 2016 ni la puesta a disposición del socio del informe de verificación. En todo caso debe tenerse en cuenta que corresponde a la sociedad cuya verificación contable se solicita acreditar mediante la aportación de la oportuna documentación, ya en el escrito de oposición ya en el recurso de alzada, no sólo la designación de auditor y la aceptación de éste, sino también que se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría. Por lo tanto, la carga de la prueba relativa a la concurrencia de los requisitos para que el nombramiento voluntario enerve la solicitud del socio recae sobre la sociedad recurrente. Es cierto, como indica el recurrente en su escrito que la doctrina de esta Dirección establece una serie de requisitos en los que no tiene lugar el nombramiento de un auditor por el Registrador Mercantil cuando ya resulte de la documentación aportada la existencia de un auditor nombrado en el momento de presentación de la solicitud de nombramiento en el Registro Mercantil, pero en el presente caso no resulta acreditado el nombramiento del auditor con carácter previo, sólo el encargo a través de un documento privado.

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. En consecuencia con lo expuesto, el recurso no puede prosperar en tanto que las alegaciones no bastan para garantizar los derechos que corresponden al solicitante por ministerio de la ley.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Vizcaya, don Carlos Alonso Olarra, de fecha 6 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 19 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Bilbao.

Resolución de 19 de julio de 2017 (2)

En el expediente 124 /2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gestión y Tenencia, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 27 marzo de 2017 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 28 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 «Gestión y Tenencia, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad, tras ser notificada fehacientemente por el registrador mercantil, no presentó oposición ni alegación alguna a la pretensión del socio.

III

El registrador mercantil de Madrid, don Antonio García Conesa, dictó resolución de fecha 11 de mayo de 2017, por la que acordó inadmitir la solicitud dado que, consultada la hoja social, el solicitante aparece en el Registro Mercantil con cargo inscrito como Consejero Delegado solidario de la sociedad por lo que procede desestimar el nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don …..., por escrito de fecha 6 de junio de 2017, que tuvo entrada en el Registro Mercantil el día 16 de junio, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que su cargo fue revocado por acuerdo social de fecha 9 de marzo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 trata de resolver en este recurso si un Consejero Delegado con cargo revocado pero no inscrito en el Registro Mercantil, puede solicitar el nombramiento de auditor. Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado 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).

En el presente caso el solicitante en el momento de la solicitud se encontraba amparado en su cargo por el principio de legitimación registral y con la posibilidad de efectuar tal nombramiento desde el cierre del ejercicio social correspondiente a 2016, por lo que no procede estimar su solicitud.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don Antonio García Conesa, dictada con fecha 11 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 21 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 19 de julio de 2017 (3)

En el expediente 125 /2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Transportes Enrique y Alberto, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 31 de marzo de 2017 dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el mismo día 31, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas –*sic*.–, y como titular de más del 5% del capital social de «Transportes Emrique y Alberto SL », el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia: 1.º la invocación por el solicitante de una ley derogada dado que ya no está vigente la Ley de sociedad anónima de 22 diciembre 1989 sino la ley de Sociedades de Capital de 2 julio 2010. 2.º La inexpresión de causa de la solicitud, de la que se desprende la mala fe del solicitante dado que conoce la difícil situación social para hacer frente a los gastos y costas generadas por la auditoría.

III

El registrador mercantil de Alicante, don Jaime del Valle Pintos de dictó resolución de fecha 11 de mayo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y estimar el nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 14 junio de 2017, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Alicante el día 19 de junio último, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 primer lugar, y en lo relativo a la expresión errónea de la ley que justifica la solicitud, es reiterada la doctrina de esta Dirección General (*vid.* 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, lo que exime del cumplimiento de requisitos excesivos. Como resulta de la regu-

lación reglamentaria, las partes deben constar debidamente identificadas sin especiales requerimientos de forma. Como ha reiterado esta Dirección General desde antiguo (*vid.* 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, por tanto, no puede estimarse como causa de inadmisión la alusión a una ley derogada cuando del expediente resulta inequívocamente la ley que debe ser aplicada y los principios que deben regir este expediente.

2. En segundo lugar, y en lo que se refiere a la inexpresión 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. Respecto a la mala 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 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).

4. Y, por último, la misma suerte debe correr la alegación relativa a los costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), pues 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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Alicante, don Jaime del Valle Pintos, dictada con fecha 11 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 19 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 19 de julio de 2017 (4)

En el expediente 127/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Apriming, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 31 de marzo de 2017, 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 «Apriming, SL », el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales. Mediante oficio de 7 de abril se requirió a la solicitante que aclarase el ejercicio sobre el que debía realizarse la auditoría, siendo respondido el oficio el 20 de abril, dentro del plazo legal, y aclarando que se trataba de la cuentas correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando que de la documentación remitida por el registro mercantil en aras a la formulación de oposición resulta que existen dos documentos suscritos por la solicitante de donde resulta que las firmas no se corresponden, además no están legitimadas notarialmente, por lo que debe entenderse que al amparo de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la solicitud debe ser archivada. 2.º Que la sociedad tiene intención de ejercitar las acciones penales pertinentes por falsedad documental.

III

El registrador mercantil de Barcelona, don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz, dictó resolución de fecha 16 de mayo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….. por escrito de fecha 13 junio de 2017, que tuvo entrada en el Registro Mercantil Barcelona el día 14 de junio interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 primer lugar, relativo a la ineficacia por falta de rigor formal y la falta de identificación del año a auditar no puede implicar la ineficacia misma

del procedimiento, es reiterada doctrina de esta Dirección General (*vid.* 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 (*vid.* 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. Por tanto, subsanada la identificación del ejercicio económico que debe ser auditado y habiéndose presentado la solicitud el 31 de marzo, es decir, dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio, el expediente reunía los requisitos legales necesarios para la continuación en su tramitación.

2. En segundo lugar, la falta de identificación formal del solicitante en su escrito de solicitud no tiene la trascendencia que pretende el recurrente. La instancia de la solicitante la identifica debidamente por lo que no puede pretenderse que no queda acreditada su personalidad. Como ha reiterado esta Dirección General desde antiguo (*vid.* 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 sólo 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).

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. 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona, don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz de fecha 16 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 19 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 20 de julio de 2017

En el expediente 147/2017 sobre nombramiento de nuevo experto a instancia de un socio de «Advice Integral Consulting, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 17 de mayo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Asturias, en el que tuvo su entrada el día 29 inmediato posterior de 2017, en el que expuso lo siguiente:

1.º Que en el ámbito del expediente Auditores 42/2012 del Registro Mercantil de Asturias solicitó y obtuvo la designación de un auditor a efectos de valorar sus participaciones en la sociedad Advice Integral Consulting S.L. al amparo de la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

2.º Que tras varios recursos interpuestos por la sociedad se designó a don ….. quien compareció y aceptó el encargo si bien no pudo llevarlo a cabo porque la actitud obstruccionista de la sociedad se lo impidió.

3.º Que el auditor designado se ha jubilado por lo que ya no es apto para la emisión del encargo solicitado.

4.º Que con la finalidad de no sufrir indefensión solicita la designación de un nuevo auditor a fin de llevar a cabo la valoración solicitada.

II

La registradora mercantil de Asturias, doña Concepción Solance del Castillo dictó resolución en fecha 30 de mayo de 2017 por la que acordó inadmitir la solicitud de designación de un nuevo auditor. Fundamenta su decisión en que presentado en su día en el Registro Mercantil escrito del designado del que resultó la imposibilidad de realizar su cometido, el expediente se cerró de conformidad con el contenido de la resolución de esta Dirección General de 14 de enero de 2015 y del artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil, sin perjuicio del derecho a solicitar la apertura de un nuevo procedimiento.

III

Don ….., por escrito de fecha 13 de junio de 2017, que tuvo entrada el mismo día de 2017 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 Que la resolución impugnada no refiere en ningún momento la imposibilidad de llevar a cabo el informe por parte del experto y se fundamenta exclusivamente en la dicción del artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil. Que, por el contrario, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo en su sentencia de 5 de diciembre de 2016 (que se acompaña), señala que incumbe al registrador mercantil lo relativo al desarrollo y tutela del procedimiento de valoración. 2.º Que el hecho de que no se haya llevado a cabo el informe no obedece a un imposible sino a una ineptitud sobrevenida del designado en su día por cuanto se ha jubilado y ya no resulta idóneo. De aquí que la solución no pueda ser la realización de una nueva solicitud cuando el expediente sigue siendo válido e idóneo para la emisión del informe solicitado quedando únicamente a la espera de un nuevo nombramiento. 3.º Que del artículo 361 resulta que sólo cuando el auditor considera imposible la emisión de informe lo hará con opinión denegada y sólo entonces el registrador lo hará constar en el expediente llevando a cabo su cierre; lo que *a sensu contrario* implica que continúa abierto. Estando abierto el expediente, no habiéndose emitido informe por incapacidad sobrevenida sólo resta el nombramiento de un nuevo auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. El recurso no puede prosperar porque ninguno de los motivos esgrimidos por el escrito del recurrente puede enervar la resolución de la registradora mercantil de Asturias. Básicamente, la causa de desestimación se deriva del hecho de que el escrito de recurso desvirtúa lo que constituye el resultado perseguido por el ordenamiento. Como se verá en los considerandos siguientes, el procedimiento de designación de auditor, hoy experto independiente, agota su eficacia en dicho nombramiento sin que constituya su objeto la efectiva realización del trabajo de peritaje, cuestión ésta que escapa por completo de su finalidad y alcance.

2. Esta Dirección ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones (*vide* resoluciones de 2 de julio de 1993, 2 de julio de 2003, 13 de abril de 2005, 30 de junio de 2009 y 14 de enero de 2015), sobre el alcance del procedimiento de nombramiento de expertos y auditores previsto en la Ley cuya instrucción y resolución se confía a los registradores mercantiles.

De acuerdo con dicha doctrina la previsión de la Ley (arts. 265.2 y 353 de la Ley de Sociedades de Capital), es proporcionar a los socios minoritarios un

procedimiento sencillo y ágil con que hacer efectiva su pretensión de obtener la verificación de las cuentas anuales o la valoración de sus acciones o participaciones. El procedimiento, que viene regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, agota su finalidad con la resolución del registrador mercantil por la que acepta o rechaza la pretensión de que se nombre auditor o experto. De aquí que cualquiera que sea el resultado posterior al nombramiento y las muy diversas vicisitudes que puedan producirse en las relaciones entre sociedad y auditor o experto, el procedimiento no llega más allá y la actuación del registrador queda al margen de las actuaciones que se hayan llevado a cabo. De aquí que el artículo 361 afirme que tanto si se ha realizado la auditoría como si no ha sido así por causa ajena a la voluntad del auditor, el expediente queda cerrado.

Como afirman las resoluciones citadas, el procedimiento ante el registrador mercantil finaliza, en cualquier caso, decidiendo si procede designar o no un auditor o experto. La solicitud del socio minoritario, de estimarse, finaliza con el nombramiento de un experto o auditor sin que el registrador pueda ir más allá e incidir en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones que, en relación a las cuentas anuales, o a otros documentos contables incumbe tanto a los administradores como al auditor o experto designado (*Cfr.* Artículos 253, 270 y 354.2 de la Ley de Sociedades de Capital en relación al artículo 5 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas).

En definitiva, que el procedimiento previsto en el ordenamiento para proteger los derechos del socio minoritario en el ámbito de sus relaciones con la sociedad garantiza que, de reunirse los requisitos legalmente establecidos, se producirá la designación del experto solicitado, pero no que este pueda llegar a emitir su informe de valoración.

3. Los argumentos de contrario no enervan las consideraciones anteriores.

En primer lugar, porque la situación no se corresponde con la descrita por el recurrente. Como resulta de la resolución de la registradora, designado en su día el auditor (que hoy sería experto, *ex* artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital), e intentada la realización de sus trabajos, el mismo notificó al Registro la imposibilidad de llevarlos a cabo, momento en el que se produjo el cierre del expediente de conformidad con la previsión del artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil. No es por tanto la situación sobrevenida de jubilación del auditor designado la que provoca la falta de emisión del informe de valoración, sino la anterior imposibilidad de llevarlo a cabo. La jubilación posterior del experto designado es, consecuentemente, totalmente irrelevante a los efectos de la presente pues se produce en un momento posterior a aquél en el que había indicado la imposibilidad de cumplir con su obligación.

Es cierto que el registrador mercantil, en cuanto autoridad señalada por el ordenamiento jurídico para llevar a cabo el procedimiento de auditores y expertos independientes tiene la obligación de velar por el correcto cumplimento de las previsiones legales, pero como ha quedado establecido, su competencia no llega más allá de la designación. Resulta del todo evidente que las

vicisitudes posteriores a la designación derivadas de las relaciones entre la sociedad, el socio y el experto designado quedan completamente al margen de la competencia del registrador; precisamente por esto el art 361 del Reglamento del Registro Mercantil prevé el cierre del expediente ya se haya llevado a cabo el informe, ya no (con la única excepción de la renuncia injustificada, *vide* artículo 5.2 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas).

Cerrado el expediente por imposibilidad de que el experto lleve a cabo su trabajo, el interesado que no haya recibido satisfacción tiene a su disposición las acciones que el ordenamiento jurídico prevé al respecto, incluida la realización de una nueva solicitud ante la registradora mercantil. Además, 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* artículos 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 el expediente por el que se accedió al nombramiento de experto para la valoración de sus participaciones siga abierto indefinidamente con nombramiento sucesivo de expertos hasta que considere que su interés material está debidamente satisfecho. En su día se resolvió la procedencia del nombramiento de experto-auditor y dicha resolución ganó firmeza en vía administrativa por lo que no procede reanudar un procedimiento que desenvolvió los efectos previstos en el ordenamiento.

Por último, el recurrente no puede afirmar que de no obtener ahora una resolución favorable se produciría una situación de indefensión. Bien al contrario, las circunstancias en que se han producido los hechos ponen de manifiesto que el interesado obtuvo, tras los oportunos trámites procedimentales, así como los recursos que las partes consideraron adecuado interponer, la satisfacción de su pretensión de que se designase experto auditor para la valoración de sus participaciones sociales. Ahora, ejerce de nuevo su derecho a solicitar un pronunciamiento de la Administración, pronunciamiento que constituye el objeto de la presente y contra el que cabe interponer los recursos previstos legalmente. Finalmente, si su pretensión material, que exista un informe de valoración, no se ha producido, el ordenamiento pone a su disposición las acciones legalmente previstas para solicitar un remedio o, si entiende que existen conductas generadoras de responsabilidad, la indemnización del daño producido.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Asturias, doña Concepción Solance del Castillo de fecha 30 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 20 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Asturias.

Resolución de 21 de julio de 2017 (1)

En el expediente 123/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inazares Rural, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en representación de Aeronáutica del Sureste S.L. presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Murcia, en el que tuvo su entrada el día 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 su representada de más del 5% del capital social de «Inazares Rural, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante ha sido miembro del consejo de administración de la sociedad hasta el día 30 de marzo de 2017. 2.º Que no se entiende la solicitud dado que ha participado desde 2003 de forma activa en la gestión de la sociedad conociendo con exactitud su contabilidad, resultando su posición en un abuso de derecho. 3.º Que la solicitud no obedece a una causa seria. 4.º Que, en definitiva, se opone a la solicitud salvo que sea el solicitante quien asuma los costes de auditoría.

III

El registrador mercantil de Murcia núm. 2, don Bartolomé Nieto García dictó resolución en fecha 21 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., como administradora única de la sociedad, por escrito de fecha 14 de junio de 2017, que tuvo entrada el día 16 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Murcia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos a los que añade que la mala fe del solicitante se pone de manifiesto en el hecho de que la solicitud se ha llevado a cabo el mismo día del cese de la totalidad de miembros del consejo de administración de donde resulta que su conducta persigue causar un perjuicio económico a la empresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 pues ninguno de los motivos que lo integran puede enervar el derecho del socio a que las cuentas anuales sean objeto de verificación de conformidad con la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En primer lugar, porque el hecho de que durante el ejercicio a auditar el solicitante se haya integrado en el consejo de administración no le priva de la legitimación prevista en dicho precepto. Es doctrina consolidada de este Centro Directivo que el hecho de que el socio instante ostente la cualidad de miembro del consejo de administración no perjudica su derecho a solicitar verificación de las cuentas anuales pues la facultad reconocida al socio minoritario en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no queda desvirtuada por dicha circunstancia. Es cierto que este Centro Directivo ha afirmado (resolución de 28 de febrero de 2013 por todas), que el derecho individual a solicitar el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales no procede cuando el instante ha gestionado en exclusiva o con carácter solidario la sociedad durante el ejercicio a auditar pues en estos supuestos habría podido contratar, como un acto más de gestión, los servicios de un auditor para dicha finalidad. Sin embargo, no concurre dicha circunstancia en el presente expediente pues el instante, si bien ha formado parte del consejo de administración, e incluso ha ostentado u ostenta la condición de consejero delegado mancomunado, ha carecido por si sólo de la facultad de llevar a cabo tal nombramiento al recaer la competencia de administración y representación en la totalidad del consejo o en la actuación mancomunada con otro consejero delegado (art. 245.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

Tampoco puede enervar el derecho individual la conclusión que se sigue por la sociedad de la circunstancia anterior de que, como miembro del con-

sejo, el socio conocía el contenido de la contabilidad social. Este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del art. 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. De aquí se sigue que no puede confundirse la obligación del órgano de administración de formular las cuentas anuales y de sus miembros individuales de firmarlas (art. 253 de la Ley de Sociedades de Capital), con el derecho individual de los socios a obtener una opinión objetiva e independiente sobre si dichas cuentas reflejan adecuadamente el estado patrimonial de la sociedad (art. 5 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas).

2. Tampoco es aceptable la afirmación de que la solicitud no hace referencia a una causa seria que justifique la designación de auditor. 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, y como más recientes las de 12 de mayo, 4 de julio, 23 de septiembre y 23 de noviembre de 2016).

3. El mismo destino desestimatorio merece la afirmación relativa a la mala fe del solicitante. Es doctrina plenamente 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 (Resolu-

ciones 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

4. Por último, esta Dirección tampoco puede estimar el motivo que hace referencia al eventual quebranto económico que la práctica de la verificación podría causar a la sociedad. 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 y 12 y 18 de julio, 23 de septiembre y 23 de noviembre de 2016 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Murcia núm. 2, don Bartolomé Nieto García de fecha 21 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 21 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Murcia.

Resolución de 21 de julio de 2017 (2)

En el expediente 132/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Compresores Josval, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 6 de junio de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, en el que tuvo su entrada el día 12 inmediato posterior, en el que solicitó, de los artículos 351, 352 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Compresores Josval, S.L.», el nombramiento de un auditor para que en su día lleve a cabo la verificación de las cuentas anuales del ejercicio comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2017.

II

El registrador mercantil de Zaragoza núm. 2, don Fernando Curiel Lorente dictó resolución en fecha 14 de junio de 2017 por la que acordó desestimar la solicitud por extemporánea.

III

Don ….., en representación de don ….., por escrito de fecha 21de junio de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Zaragoza, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «De conformidad con la resolución de la Dirección General de fecha 20 de junio de 2016, tratándose de nombramiento voluntario la sociedad puede hacerlo antes de la solicitud del socio. En el supuesto de hecho es claro que no existe auditor designado por la sociedad para el ejercicio 2017 por lo que de confirmarse la decisión del registrador se estaría vetando la virtualidad legal que se reconoce al socio de solicitar designación por el mero hecho de que antes lo hiciera la sociedad. Si la designación ha de hacerse tras el cierre del ejercicio, se deja sin eficacia la regulación de la Ley de Sociedades de Capital y la del Reglamento del Registro Mercantil. Que tal interpretación no resulta ni de la Ley ni del Reglamento del Registro Mercantil que sólo limitan la designación por exceso, pero no la impiden antes del cierre del ejercicio».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Resulta de los hechos que el ejercicio social de la sociedad a que se refiere su solicitud comienza el día 1 de enero y finaliza el día 31 de diciembre de cada año. También resulta, que la instancia de solicitud de nombramiento de auditor por socio minoritario fue presentada en el Registro Mercantil el día 12 de junio de 2017 y que la solicitud de designación de auditor se refiere al propio ejercicio 2017.

El inciso final del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital permite al socio minoritario presentar su solicitud siempre que «…no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Resulta por tanto fuera de discusión que presupuesto del ejercicio del socio minoritario es que se haya producido el cierre del ejercicio social, momento a partir del cual surge el derecho a presentar solicitud en el plazo establecido (en el mismo sentido el artículo 359.1.1.ª del Reglamento del Registro Mercantil).

Como ya afirmara la resolución de esta Dirección General de fecha 27 de febrero de 2015, en un supuesto similar al presente, no cabe sino confirmar la resolución del registrador que ante el hecho patente de que la solicitud se ha presentado antes de plazo procede a su rechazo.

2. Los argumentos de contrario son inadmisibles. No existe, como pretende el recurrente, un derecho del socio minoritario a la designación de auditor para la verificación de las cuentas en cualquier tiempo y en cualquier circunstancia. Por el contrario, el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es terminante en acotar las condiciones que deben producirse para el reconocimiento del derecho. Por un lado, es preciso que el socio ostente el mínimo de capital del 5% y, por otro, es preciso que la solicitud se lleve a cabo, como queda expuesto en el considerando anterior, una vez cerrado el ejercicio social y dentro del plazo de tres meses desde dicha fecha.

A los anteriores requisitos esta Dirección ha añadido la evidente circunstancia de que es preciso que no exista, con carácter previo, un auditor designado por la propia sociedad, ya por su Junta General ya por su órgano de administración pues tratándose de sociedades no obligadas el órgano de administración tiene reconocida dicha competencia. 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, resolución de 16 de abril de 2012). 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).

3. La posibilidad de que la sociedad lleve a cabo tal designación no cercena en absoluto la posición jurídica del socio minoritario, como pretende el escrito de recurso, pues el ejercicio del derecho a solicitar designación al registrador mercantil decae cuando ya existe auditor designado.

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 art. 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 consoli-

dada 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 sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 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.»

A falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil.

Como resulta de las anteriores consideraciones no existe un derecho absoluto del socio minoritario a la designación de auditor. Si existe auditor nombrado y se garantiza que el interés de los socios a que las cuentas anuales sean objeto de verificación, no existe interés protegible pues este se agota en la efectiva realización de la verificación contable cualquiera que sea el auditor que la lleve a cabo.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Zaragoza núm. 2, don Fernando Curiel Lorente de fecha 14 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 21 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Zaragoza.

Resolución de 21 de julio de 2017 (3)

En el expediente 138/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Negocios Europeos, S.A.»

HECHOS

I

Don ….., en representación de la sociedad «Inter Envíos, S.L.» presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 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 su representada de más del 5% del capital social de «Negocios Europeos, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que se niega la legitimación del firmante de la solicitud para representar a la sociedad «Inter Envíos, S.L.» por cuanto la junta general de la que deriva su representación no se ajustó a Derecho. Que el socio mayoritario de dicha sociedad (99%), falleció resultando su hija doña ….. heredera universal la cual no ha sido convocada a la junta. Que la representación legal de la heredera, menor de edad, y su madre han interpuesto querella criminal por distintos delitos.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 15, don Francisco Javier Sáenz dictó resolución en fecha 16 de mayo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al

nombramiento del auditor solicitado por resultar del contenido del Registro Mercantil el carácter de apoderado de la sociedad de quien lleva a cabo la solicitud. Dicho nombramiento resulta del acuerdo del consejo de administración de fecha 7 de enero de 2017, consejo que fue designado en la misma fecha por junta general por unanimidad de los presentes; la junta fue convocada el día 21 de diciembre anterior y a ella asistió el 86% del capital social, de acuerdo a la inscripción 15.ª del historial.

IV

Don ….., por escrito que tuvo entrada el día 21 de junio de 2017 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, resumidamente, los siguientes argumentos: «1.º Que la sociedad tiene conocimiento directo, por haber sido demandado el administrador, que por acuerdo del Juzgado de Primera Instancia núm. 64 de Madrid, se ha admitido la demanda de don ….. por la que se solicita que se declare su titularidad sobre determinadas participaciones de la sociedad «Inter Envíos, S.L.» 2.º Que el nombramiento del representante de la sociedad que lleva a cabo la solicitud, señor Nebreda, se llevó a cabo en una junta general en la que sólo compareció el anterior citado don ….. por lo que de la querella a que se hizo referencia en la oposición y de la demanda a que ahora se hace referencia, se pone de manifiesto que la titularidad de las participaciones de la sociedad Inter Envíos S.L. están pendientes de resolución judicial, solicitando que se requiera al señor ….. que aporte acta de la junta general de 7 de enero a fin de constatar lo así afirmado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Es evidente que el recurso no puede prosperar. El recurrente no niega que la sociedad solicitante, «Inter Envíos, S.L.», es socia de «Negocios Europeos, S.A.» y que reúne los requisitos de capital previstos en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Su objeción se articula exclusivamente en la discusión de la legitimación que ostenta el representante que actúa por cuenta de la sociedad solicitante, Inter Envíos S.L. El motivo de impugnación así centrado se desenvuelve en torno a dos afirmaciones: por la primera, se dice que quien actúa como representante de la sociedad solicitante, «Inter Envíos, S.L.», fue designado en virtud de acuerdos adoptados en una junta que no se celebró conforme a Derecho; por la segunda, ya en trámite de recurso, se afirma que las participaciones del socio que participó en dicha junta de la sociedad solicitante están sujetas a un procedimiento judicial, debiendo requerirse a la persona que firmó la solicitud para que aporte determinada documentación.

2. Ninguna de dichas afirmaciones puede ser amparada por esta Dirección General. En cuanto a la primera, resulta de la resolución del registrador mercantil de Madrid que la persona que firma la solicitud de designación de auditor consta inscrito en el Registro Mercantil como apoderado de la sociedad «Inter Envíos, S.L.»

En lo referente a la negación de la legitimación del solicitante, se ha reiterado por esta Dirección General que es necesario que la sociedad aporte, cuando le niegue legitimación, 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 (resoluciones de 17 de abril, 7 de mayo, 8 de septiembre y 28 de octubre de 2015, 16 de junio de 2016 y 2 de febrero de 2017).

En el supuesto de hecho, la sociedad se limita a afirmar que la junta general de la sociedad solicitante, Inter Envíos S.L. de la que resultó el consejo de administración que a su vez designó apoderado al firmante, no se celebró conforme a Derecho. Dicha afirmación se justifica porque, se afirma, no fueron convocadas determinadas personas que ostentan derechos sobre las participaciones sociales. Pues bien, en nuestro ordenamiento jurídico los actos inscritos en el Registro Mercantil están favorecidos por fuertes presunciones en beneficios del tráfico jurídico. El artículo 20.1 del Código de Comercio establece lo siguiente: «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 consecuencia, resultando del contenido del Registro particular de la sociedad Inter Envíos S.L. que el firmante de la instancia dirigida al Registro Mercantil de Madrid, es apoderado por designación del consejo de administración, tal afirmación está protegida por el contenido del artículo 20.1 transcrito sin que la mera afirmación de contrario pueda enervar las presunciones que del mismo se derivan.

3. En cuanto a la afirmación de que la titularidad de las participaciones de la sociedad solicitante, «Inter Envíos, S.L.», están sujetas a un procedimiento judicial, merecen exactamente la misma respuesta expuesta en el considerando anterior. No siendo discutido que la sociedad Inter Envíos S.L. es socio de la sociedad «Negocios Europeos, S.A». y que, en consecuencia, tiene a su favor la facultad reconocida a los socios en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y estando protegida la actuación de su representante por las presunciones del artículo 20.1 del Código de Comercio, no procede sino la desestimación del motivo, no sin antes poner de manifiesto lo improcedente de la solicitud de documentación que reclama el recurrente pues, una vez más, mientras no exista una declaración judicial de que los acuerdos del consejo de administración de la sociedad solicitante han sido declarados nulos, rigen plenamente las consecuencias de la aplicación del artículo 20.1 del Código de Comercio.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 15, don Francisco Javier Sáenz de fecha 16 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 21 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 24 de julio de 2017 (1)

En el expediente 126 /2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «My Climb, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 27 marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el 28 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 «My Climb, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016. Se acompañaba, junto a la citada solicitud, fotocopia parcial de copia simple de la escritura de constitución de la sociedad «Myclimb, S.L.», otorgada en fecha 5 de marzo de 2015, ante el Notario de Barcelona D. Jesús Benavides Lima, número 731 de protocolo. Vista de la solicitud de nombramiento de auditor, y observándose discordancia en cuanto a las participaciones que decía ostentar el solicitante en la sociedad «MyClimb, S.L.» adquiridas por fundación de la misma –31.600 participaciones–, y las que se desprenden de la fotocopia de la escritura de constitución de sociedad limitada de la mencionada mercantil, aportada junto a la citada solicitud –constando 600 participaciones, números 1 al 600, ambos inclusive–, mediante oficio de fecha 3 de abril de 2017 se instó al solicitante del presente expediente para que, en el plazo de diez días hábiles, a contar desde la fecha de recepción del citado oficio, procediera a presentar en esta Oficina escrito aclaratorio, teniendo en cuenta la circunstancia anteriormente observada. En fecha 10 de abril de 2017 –dentro del plazo concedido al efecto–, se aportó al Registro

fotocopia de copia simple de la escritura de aumento de capital y modificación de artículo social, otorgada en fecha 11 de mayo de 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando, en esencia: 1) De acuerdo con el artículo 263 punto 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, la sociedad «MyClimb, S.L.» está exceptuada de la obligación de auditar las cuentas sociales, ya que se reúnen los motivos de los puntos a), b) y c) del mencionado artículo; además, según dicha normativa, la mencionada sociedad está dentro de los dos años de constitución por lo que ha de quedar exceptuada de la obligación de auditar; y por ser de reciente constitución dicha compañía en estos momentos no tiene liquidez para pagar los honorarios del auditor. 2) De acuerdo con el artículo 264 de la citada Ley de Sociedades de Capital, la sociedad «MyClimb, S.L.» no ha aprobado en Junta General la persona que haya de auditar y según el artículo 265 del mismo texto legal, la citada sociedad en Junta General es la que tiene la competencia para el nombramiento de auditor. 3) El solicitante ya hizo uso según el artículo 272 punto 3 de la mencionada Ley de Sociedades de Capital, en fecha 20 de marzo de 2017, de la facultad que le asiste de revisar las cuentas anuales de la sociedad con experto contable; los motivos alegados por el Sr. ….. en su escrito de solicitud de auditor ya quedaron explicados en dicha sesión de fecha 20 de marzo de 2017 al experto contable y, además, se han vuelto a explicar en la reunión de Junta Universal celebrada en fecha 24 de abril donde quedaron aprobadas las cuentas sociales del ejercicio 2016. 4) No es cierto que el Sr. ….. ostente en la sociedad 31.600 participaciones, pues lo que ostenta son 31.599 participaciones, ni que el porcentaje de participación sea el 13,166 por ciento, ni que la escritura presentada sea correcta ya que él ya no es administrador de la sociedad, motivos por los cuales la solicitud está afecta de irregularidades y falsedades por lo cual ha de ser archivada sin más trámite.

III

La registradora mercantil de Barcelona, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, dictó resolución de fecha 9 de mayo de 2017, por la que acordó no admitir la oposición interpuesta y proceder al nombramiento del auditor solicitado, señalando en la resolución indicada que consultada la hoja de la sociedad resulta que el capital social se fija en 240.000 euros, representado en 240.000 participaciones de 1 euro de valor nominal cada una, numeradas correlativamente del 1 al 240.000, ambos inclusive; y que el ejercicio económico de la sociedad coincidirá con el año natural; según disponen, respectivamente, los artículos 6 y 12 de los Estatutos Sociales. También consta que en el acto de constitución de la sociedad el Sr. ….. asumió 600 participaciones, números 1 al 600, ambos inclusive; y en un posterior acuerdo de aumento de capital, adoptado por unanimidad por la Junta Universal, celebrada el día 11 de mayo de asumió 31.000 participaciones, números 58.001 al 89.000, ambas inclusive. Asimismo, en la citada hoja de la sociedad no figura inscrito nombramiento de auditor alguno.

IV

Doña ….., por escrito que tuvo entrada en el registro mercantil el día 12 de junio de 2017, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos que se dan por reproducidos y añadiendo que la resolución es nula porque la solicitud del Señor Oriol es extemporánea porque de los documentos presentados el 28 de marzo no se desprendía la legitimación sin que se le diese plazo para subsanar conforme al artículo 21.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, además añade, se basa en datos falsos y la tramitación del expediente ha generado indefensión a la sociedad. Señala, en último lugar, que se trata de una franquicia de la marca por lo que las cuentas de la sociedad ya están auditadas y supone una doble actuación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 primer motivo del recurso, consistente en la nulidad de la propia resolución no puede sostenerse. En primer lugar porque del mismo expediente resulta que la solicitud del Sr. ….. fue subsanada con fecha 10 de abril dentro del plazo que contempla la ley, sin que pueda apreciarse la extemporaneidad alegada. La petición del recurrente no puede ser atendida habida cuenta que la resolución impugnada no adolece de ninguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ni puede ser apreciado un defecto de forma que produzca indefensión al recurrente en los términos previstos en el artículo 47 del mismo cuerpo legal. Para que así hubiera tenido lugar habría sido preciso que el error de la resolución o tramitación 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.

Nada de esto ha ocurrido en el supuesto que nos ocupa en el que 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. La actuación del registrador ha sido en todo momento correcta dado que ha examinado la legitimación del solicitante derivada de los documentos aportados así como de los asientos registrales los cuales gozan de la presunción de veracidad y legitimidad. En relación con la falsedad de la documentación aportada el solicitante ha aportado un principio de prueba de su legitimación, del que se deduce que reúne un número de participaciones sociales equivalentes a más del 5 por 100 de capital de la sociedad afectada, que es lo requerido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital

para solicitar y obtener el nombramiento registral de auditor. Esta Dirección ha reiterado en numerosas ocasiones que el procedimiento de designación de auditor a instancia de la minoría se caracteriza por su falta de rigorismo formal (*vide* por todas, resolución de 21 de julio de 2010), por lo que ha mantenido que basta que el solicitante aporte un principio de prueba por escrito para entenderla acreditada, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–.

Es a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que la solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento, no obstante en el caso que nos ocupa la sociedad no ha presentado ninguna prueba relativa a la falsedad documental ni su derecho para hacerlo se ha visto mermado en ningún momento del procedimiento. En consecuencia no puede prevalecer la pretensión del recurrente relativa a la extemporaneidad de la solicitud, falsedad de la documentación e indefensión.

2. Respecto a la alegación de que conforme al artículo 263, apartados a), b) y c) la sociedad está exceptuada de la obligación de auditar las cuentas sociales; y que además, según dicha normativa, la mencionada sociedad está dentro de los dos años de constitución por lo que ha de quedar exceptuada de la obligación de auditar añadiendo que por ser de reciente constitución dicha compañía en estos momentos no tiene liquidez para pagar los honorarios del auditor, este motivo tampoco puede prosperar. 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 resolución de 14 de febrero de 2013 por todas). En relación a los costes; 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 económi-

cas 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. En cuanto a la alegación de la representación social relativa a que, de acuerdo con el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad no ha aprobado en Junta General la persona que haya de auditar y según el artículo 265 del mismo texto legal, la citada sociedad en Junta General es la que tiene la competencia para el nombramiento de auditor. No obstante, 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, resolución de 16 de abril de 2012). 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, sólo 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, pero en aquéllos casos en que no exista auditor nombrado, como en el caso que nos ocupa, la ley en el ya mencionado artículo 265 LSC protege al socio minoritario quien puede dirigirse al Registrador Mercantil.

Respecto 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.

4. En último lugar, alega la sociedad que es una franquicia por lo que no tiene obligación de auditar dado que ya se han auditado las demás cuentas de la sociedad lo que hace una doble auditoría innecesaria, defecto este que tampoco puede ser mantenido. La cualidad de franquiciado se contempla en nuestro derecho por el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, pero el sometimiento a esta regulación no excluye todas aquellas obligaciones derivadas de la forma social adoptada al amparo de la Ley de Sociedades de Capital y el Reglamento del Registro Mercantil, las cuales conceden a los partícipes de las sociedad los derechos en ella regulados, sin que pueda prosperar el argumento de ser una franquicia, pues las relaciones que existen entre franquiciador y franquiciado no alcanzan a la contabilidad ni están integrados en un grupo social obligado a llevar una contabilidad unitaria.

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, dictada con fecha 9 mayo 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 24 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 24 de julio de 2017 (2)

En el expediente 133/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rectificats Igualada, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 24 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 27 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 «Rectificats Igualada, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad no se opuso a la pretensión del socio si bien puso de manifiesto en el escrito de contestación, la precaria situación económica de la empresa en orden a la satisfacción de los gastos que pudieran producirse.

III

El registrador mercantil de Barcelona núm. 5, don Jesús Santos y Ruiz de Aguilar dictó resolución en fecha 15 de mayo de 2017 por la que acordó la procedencia de la designación del auditor solicitado. En su resolución el registrador advierte de que los costes derivados de la auditoría son de cuenta de la sociedad.

IV

Don ….., en representación de la sociedad, por escrito de fecha 19 de junio de 2017, que tuvo entrada el día 21 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que la modificación operada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria en el artículo 40 del Código de Comercio pone de manifiesto el cambio de criterio del legislador en referencia al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, precepto que debe entenderse derogado por aquél en lo referente al pago de los costes de auditoría. De lo contrario se estaría introduciendo un elemento de confusión entre el empresario sujeto al Código de Comercio y el sujeto a la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que el legislador ha querido así paliar el constante abuso de derecho de los socios minoritarios que abusaban del mismo sometiendo a la empresa a una auditoría que además iba a cargo de esta última. Que, en consecuencia, solicita la revocación de la resolución y que se declare que el pago del coste de la auditoría corresponde al solicitante sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40 del Código de Comercio una vez emitido el informe.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; 40 del Código de Comercio; 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. 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 y 12 y 18 de julio, 23 de septiembre y 23 de noviembre de 2016 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.

2. Los argumentos de contrario que presenta el escrito de recurso son inadmisibles pues llevan a cabo una imposible identificación entre los muy distintos supuestos que regulan el artículo 40 del Código de Comercio, por un lado, y el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, por otro.

Dispone el artículo 40 del Código de Comercio: «1. Sin perjuicio de lo establecido en otras leyes que obliguen a someter las cuentas anuales a la auditoría de una persona que tenga la condición legal de auditor de cuentas, y 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 a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. La designación de auditor se sujetará al turno reglamentario que establece el Reglamento de Registro Mercantil. Si se instara ante el Secretario judicial, se seguirán los trámites establecidos en la legislación de la jurisdicción voluntaria. La resolución que se dicte sobre la procedencia o improcedencia de la auditoría será recurrible ante el Juez de lo Mercantil. 2. El mismo día en que emita, el auditor entregará el informe al empresario y al solicitante y presen-

tará copia a quien le hubiera designado. Si el informe contuviera opinión denegada o desfavorable, el Secretario judicial o el Registrador mercantil acordará que el empresario satisfaga al solicitante las cantidades que hubiera anticipado. Si el informe contuviera una opinión con reservas o salvedades, se dictará resolución determinando en quién deberá recaer y en qué proporción el coste de la auditoría. Si el informe fuera con opinión favorable, el coste de la auditoría será de cargo del solicitante. 3. El Secretario judicial o el Registrador mercantil desestimará la solicitud de auditoría cuando, antes de la fecha de la solicitud, constara inscrito en el Registro mercantil nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas de ese mismo ejercicio o, en el caso de las sociedades mercantiles y demás personas jurídicas obligadas, no hubiese finalizado el plazo legal para efectuar el nombramiento de auditor por el órgano competente. 4. La emisión del informe de auditoría no impedirá el ejercicio del derecho de acceso a la contabilidad por aquellos a los que la Ley atribuya ese derecho».

Por su parte la regulación del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es como sigue: «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».

De la simple comparación entre el contenido de aquél precepto y el del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital resultan una serie de diferencias que ponen de manifiesto lo distinto de su regulación.

Así, porque si bien en ambos supuestos la solicitud va encaminada a la verificación de las cuentas anuales, el supuesto del artículo 40 del Código de Comercio incluye la posibilidad de solicitar, además, la verificación de las cuentas consolidadas llevadas a cabo por una sociedad dominante.

A diferencia del supuesto del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, el procedimiento de designación en el caso del artículo 40 del Código de Comercio puede llevarse a cabo ante letrado de la Administración de Justicia.

El procedimiento contiene igualmente importantes diferencias pues la legitimación para iniciarlo es muy distinta. En el supuesto del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, sólo las personas que ostenten la condición de socio y no todas pues deben igualar o superar el umbral del 5% del capital social. Por el contrario, la legitimación en el artículo 40 del Código de Comercio es mucho más amplia e indeterminada pues se otorga a quien acredite interés legítimo, concepto que puede abarcar no sólo a los socios sino también a terceros ajenos a la sociedad, como puedan ser acreedores, obligacionistas, suministradores o incluso, futuros acreedores que desean obtener un respaldo técnico al análisis de las cuentas sociales.

También es diferente el plazo de ejercicio de la solicitud, pues si en el supuesto del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital se restringe al periodo que transcurre entre el cierre del ejercicio social y los tres meses siguientes, lo que limita la solicitud de auditoría a los ejercicios inmediatamente cerrados, en el supuesto del artículo 40 del Código de Comercio, no existe, en principio, limitación temporal por lo que puede solicitarse la auditoría de ejercicios anteriormente cerrados y, por eso mismo, no solamente de uno de ellos, sino de varios.

A estas alturas, no puede extrañar que el sistema de satisfacción de los honorarios que devengue la actuación del auditor pueda ser completamente distinta en uno y otro caso. Si en el supuesto del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital el coste corresponde íntegramente a la sociedad, con independencia de cuál sea el resultado de los trabajos realizados, en el supuesto del artículo 40 del Código de Comercio, el régimen no sólo exige un previo adelanto de los fondos previstos, sino que la obligación final de pago recaerá en la sociedad o en el solicitante o en ambos, en función del resultado del informe de auditoría. No hay pues identidad de régimen ni mucho menos derogación tácita del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital por parte del Código de Comercio, pues los supuestos que regulan son diferentes lo que justifica una regulación igualmente distinta. De los dos requisitos que exige la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (*vide*, entre otras, sentencias de 29 de septiembre de 2005 y de 18 de febrero de 2008), para que se produzca la derogación tácita, no se cumple ninguno de los dos.

Como resulta de los considerandos anteriores, no existe identidad de materia pues si bien los dos preceptos se refieren a un mismo fenómeno, la designación de auditor, los supuestos difieren notablemente en cuanto al objeto, el agente encargado de la designación, la legitimación activa, el plazo y la forma de satisfacer los gastos inherentes. Tampoco existe incompatibilidad entre la norma nueva y la antigua pues para ello sería preciso la identidad de materia, cuestión que como se acaba de afirmar, está ausente entre los dos preceptos.

3. No puede dejarse de lado el hecho de que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital contiene la regulación de un derecho individual del socio, exclusivamente del socio. Esta Dirección General ha recordado incansablemente (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.

Por el contrario, el artículo 40 del Código de Comercio regula un derecho reconocido de forma indiscriminada tanto subjetiva como objetivamente pues se reconoce a cualquiera que justifique su interés y respecto de cualquier ejercicio social. No estamos en presencia de una norma protectora de la posición del socio sino ante una norma protectora de la situación jurídica de quien acredite tener interés en que las cuentas anuales ordinarias o consolidadas de una sociedad sean objeto de verificación. No estamos pues en el ámbito del derecho societario, sino en el de la protección de intereses relativos a una sociedad, pero ajenos a su estructura societaria; de aquí que se reconozca a cualquiera, socio o no, cuyo interés sea considerado susceptible de protección.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona núm. 5, don Jesús Santos y Ruiz de Aguilar de fecha 15 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 24 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 24 de julio de 2017 (3)

En el expediente 139/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Monturmies, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2017, 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 «Monturmies, S.L.»,

el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que, si bien la solicitud se formula en impreso estandarizado, en su apartado cuarto resulta que la finalidad real de la solicitud es la valoración de las participaciones por existir inmuebles y no facilitar la información necesaria la actual socia mayoritaria y todo ello con la finalidad de realizar inventario de la anterior socia mayoritaria. 2.º Que la solicitud para la valoración de las participaciones no encaja en ningún supuesto legal. 3.º Que el inventario de las participaciones de la anterior socia mayoritaria se está llevando a cabo judicialmente, procedimiento de división de herencia ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Barcelona, por lo que será en dicho marco donde haya de llevarse a efecto. 4.º Que no se reconoce la firma del solicitante por ser distinta a la suya habitual. 5.º Que el valor de los inmuebles que reclama el solicitante le es de sobra conocido por ser de origen familiar figurando inscritos en el Registro de la Propiedad de donde no es posible el oscurantismo que alega.

III

El registrador mercantil de Barcelona núm. 17, don Fernando de la Puente de Alfaro dictó resolución en fecha 27 de abril de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 9 de junio de 2017, que tuvo entrada el día 14 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que si bien el solicitante utilizó un formulario basado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, como resulta de su apartado cuarto, su finalidad real era el de valorar las participaciones sociales. El registrador no puede obviar dicha voluntad por el mero hecho de utilizar un formulario estandarizado máxime si con ello se grava a la sociedad. Que con ello se hace un uso abusivo de la institución en contra del previsto legalmente; que dicho uso no debió ser amparado por el registrador pues no tiene otra finalidad que hostigar a los demás socios, especialmente en un supuesto en que la sociedad tiene escasos recursos. 2.º Que la sociedad, al oponerse, presentó un escrito con la firma del solicitante que no guarda parecido alguno con la de la solicitud, indicio que debió ser apreciado por el registrador pues de lo contrario se permitiría a cualquier persona solicitar designación de auditor sin ser siquiera socio. Que de todo lo anterior no puede aceptarse la solicitud pues su finalidad no es verificar las cuentas anuales sino la intención, maliciosa, de conocer el valor de las participaciones al margen de que este se determinará en el procedimiento existente al efecto. Que al no reconocerse la firma se alega falta de legitimación».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 pues los motivos alegados en el escrito de apelación no desvirtúan el hecho de que el socio instante reúne los requisitos que para ejercer su derecho exige el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

La sociedad recurrente hace referencia a que los motivos de la solicitud no coinciden con la previsión legal y que el hecho de que el solicitante haya especificado en su instancia su voluntad de conocer el valor real de los inmuebles integrados en el patrimonio social, implica un uso abusivo del procedimiento.

Esta Dirección General no puede amparar tal afirmación. 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, y como más recientes las de 12 de mayo, 4 de julio, 23 de septiembre y 23 de noviembre de 2016).

De la instancia del solicitante resulta, sin asomo de incertidumbre, que ejerce el derecho reconocido en el artículo 265.2 y que se solicita la designación del auditor a su amparo. Ciertamente se añade a lo anterior la necesidad de conocer el valor de los inmuebles integrados en el patrimonio social, como se añade que la solicitud se justifica por existir falta de información o por la necesidad de realizar un inventario. Todo ello resulta irrelevante a los efectos de la presente.

Las motivaciones ulteriores que puedan mover al socio a ejercer el derecho legalmente reconocido quedan al margen del presente procedimiento. 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. El mismo desestimatorio merecen las afirmaciones contenidas en el escrito de recurso relativas al no reconocimiento de la firma del solicitante. 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 sólo 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.

Nuevamente hay que afirmar que 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.

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 sin romper el principio de igualdad entre las partes. Téngase en cuenta que la afirmación de que la firma no es cierta es una mera afirmación de parte que se pretende justificar con la aportación de documentación también de parte. Por el contra, el registrador ha notificado al solicitante su resolución y no ha recibido protesta

alguna de suplantación. No existe motivo en el expediente para negar la autenticidad de la actuación del instante.

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 Barcelona XVII, don Fernando de la Puente de Alfaro de fecha 27 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 24 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 27 de julio de 2017

En el expediente 84/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Concentric, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., doña ….. y don ….. presentan un escrito de fecha 2 de enero de 2017 dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, 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 «Concentric, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad es notificada mediante escritos de fechas 3 y 30 de enero de 2017 de don Vicente Artime Cot, Registrador Mercantil de Pontevedra, dirigidos al domicilio social de la mercantil siendo devueltos ambos por motivo «ausente reparto», así como al administrador único de la misma en su domicilio, notificación devuelta por el mismo motivo. Para desarrollar el expediente la sociedad es notificada mediante anuncio que es publicado en el BOE el día 10 de marzo de 2017, sin formular oposición en el plazo establecido.

III

Don Vicente Artime Cot, Registrador Mercantil de Pontevedra, dictó resolución en fecha 23 de marzo de 2017 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 23 de marzo, indicando que la sociedad tiene contratado a la empresa auditora «Wican Consultores y Auditores S.L.P», por lo que sostiene no procede el nombramiento de un auditor a instancia del socio minorista «ante el hecho de estar ya legalmente nombrado».

Esta Dirección General por escrito de 6 de junio de 2017 le concede un plazo de 15 días conforme a lo dispuesto en el artículo 118.1 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, para que justifique debidamente el hecho de haberse procedido a la inscripción de tal nombramiento en el Registro Mercantil o bien de haberse entregado el informe de verificación contable a los socios solicitantes o que el mismo fuera aportado al presente expediente.

V

Mediante escrito de fecha 28 de junio, don ….., administrador único de la mercantil, acompaña escrito de nombramiento de la mencionada sociedad auditora debidamente inscrito en el Registro Mercantil de Pontevedra, causando la inscripción 24 de la hoja social PO-10049.

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 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 art. 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 presente expediente ha quedado acreditado, a instancia de este Centro Directivo, el nombramiento e inscripción de «Wican Consultores y Auditores S.L.P» para auditar las cuentas de la sociedad Concentric S.A. correspondientes al ejercicio 2016. Por tanto, debe concluirse que la actuación de la mercantil ha enervado el derecho del socio minorista conforme a los fundamentos anteriormente expuestos.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot, de fecha 23 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 27 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Pontevedra.

Resolución de 31 de julio de 2017

En el expediente 101/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Iniciativas Cadur, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., doña ….. y doña ….. presentaron escrito de fecha 14 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Tarragona, en el que tuvo su entrada el día 31 de marzo,

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 «Iniciativas Cadur, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad es notificada mediante escritos de 4 de abril de 2017 de don Juan Enrique Ballester Colomer, Registrador Mercantil de Tarragona, dirigidos al domicilio social de la mercantil, no pudiendo ser notificado en el domicilio social de la mercantil. Para desarrollar el expediente la sociedad es notificada mediante anuncio que es publicado en el BOE el día 5 de mayo de 2017, sin formular oposición en el plazo establecido.

III

Don Juan Enrique Ballester Colomer, Registrador Mercantil de Tarragona, dictó resolución de fecha 12 de abril de 2017 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….. y don ….., administradores mancomunados de la mercantil interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 12 de abril, indicando que la sociedad tiene designada a la empresa auditora «Panaro Audit S.L.P», por lo que sostiene que no procede el nombramiento de un auditor a instancia del socio minorista, acompañando copia de la carta de encargo de fecha 30 de diciembre de 2016, correspondiente a los ejercicios 2016 y 2017.

V

Esta Dirección General, por escrito de fecha 16 de junio de 2017 le concede un plazo de 15 días conforme a lo dispuesto en el artículo 118.1 de la Ley 39/2015 de 1 de Octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para que justifique debidamente el hecho de haberse procedido a la inscripción de tal nombramiento en el Registro Mercantil o bien de haberse entregado el informe de verificación contable a los socios solicitantes o que el mismo fuera aportado al presente expediente.

VI

Mediante escrito de fecha 27 de julio doña ….., en nombre y representación de la mercantil, acompaña por vía electrónica informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2016, siendo recibido por correo certificado administrativo con fecha 27 de julio de 2017.

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 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 art. 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 presente expediente ha quedado acreditado, a instancia de este Centro Directivo, la incorporación al mismo del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2016 de la sociedad «Iniciativas Cadur, S.L.» realizado por la auditora «Panaudit, S.L.P». Por tanto, debe concluirse que la actuación de la mercantil ha enervado el derecho del socio minorista conforme a los fundamentos anteriormente expuestos.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Tarragona, don Juan Enrique Ballester Colomer, de fecha 12 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 31 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Tarragona.

Resolución de 3 de agosto de 2017 (1)

En el expediente 136 /2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Realizaciones Inmobiliarias Palmira, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. como representante de «Compañía Hotelera Las Lomas» presenta escrito de fecha 28 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Palma de Mallorca, 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 «Realizaciones Inmobiliarias Palmira S.A. », el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad fue notificada en forma personal por correo certificado con acuse de recibo señalado como «desconocido» los días 18 y 26 de abril de 2017 por lo que se procedió a la publicación de la notificación en el «BOE» con fecha 5 de mayo de 2017, sin que consten alegaciones por parte de la sociedad.

III

El registrador mercantil de Palma de Mallorca, don Antonio Isaac Aguilar, dictó resolución de fecha 17 de mayo de 2017 por la que acordó el nombramiento de auditor.

IV

Don …., por escrito que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Mallorca el día 20 junio, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando la nulidad del expediente dado que sólo una vez fue notificado por correo certificado omitiéndose el segundo intento que contempla el artículo 42 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas así como que las cuentas del ejercicio 2016 ya han sido aprobadas por la Junta General.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 primer motivo de recurso, esto es, la nulidad de la resolución no puede sostenerse. Del expediente resulta que por parte del Registro Mercantil de Palma de Mallorca se realizaron dos notificaciones personales por correo

certificado con acuse de recibo de fechas 18 y 24 de abril 2017, indicando que no pudo efectuarse por ser «desconocido» el destinatario, cumpliéndose así lo prescrito en el artículo 42 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Por tanto, la petición del recurrente no puede ser atendida habida cuenta de que la resolución impugnada no adolece de ninguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ni puede ser apreciado un defecto de forma que produzca indefensión al recurrente en los términos previstos en el artículo 47 del mismo cuerpo legal. Para que así hubiera sido habría sido preciso que el error de la resolución le hubiese impedido ejercitar los derechos que la Ley le reconoce. La actuación del registrador ha sido en todo momento correcta dado que ha actuado conforme a derecho, ha examinado la legitimación del solicitante derivada de los documentos aportados así como de los asientos registrales, los cuales gozan de la presunción de veracidad y legitimidad, ha tramitado y notificado el expediente en los términos exigidos en la legislación.

2. En segundo lugar, y en lo relativo a la alegación de que las cuentas ya han sido aprobadas, 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» artículo 1 Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Palma de Mallorca, don Antonio Isaac Aguilar, dictada con fecha 17 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 3 de agosto de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Palma de Mallorca.

Resolución de 3 de agosto de 2017 (2)

En el expediente 141/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Compañía Andaluza de Alcoholes, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 29 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día siguiente, en el que solicitó en nombre y representación de las socias María del Mar Núñez Pol y María Luisa Macarena Núñez Pol, 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 «Compañía Andaluza de Alcoholes, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

El Registrador Mercantil de Sevilla requiere a la sociedad mediante resolución de fecha 31 de marzo de 2017 para que en el plazo de cinco días formule oposición a tal pretensión. La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que tal sociedad «la conforman seis socios siendo estos los seis hermanos Nuñez Pol», siendo dos de ellas las instantes. Indica que «instan dicha auditoría sobre una sociedad sin actividad y no obligada a auditarse, en claro abuso de derecho», añadiendo que «no hay falta de información por parte de la sociedad, y presumimos que el solicitar las auditorías al Registro Mercantil, no es más que un instrumento más en la estrategia de perjudicar los intereses de la sociedad».

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictó resolución de fecha 12 de junio de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don …..y don ….., como administradores de la mercantil, por escrito de fecha 27 de junio de 2017, que tuvo entrada el día 29 en el Registro Mercantil de Sevilla, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, en concreto, que «la sociedad ha cumplido y cumple con todas sus obligaciones no ya fiscales sino inclusive del depósito de cuentas anuales lo que demuestra, más aún la espúrea petición, y ello a pesar de estar sin actividad», añadiendo que tal solicitud es «una clara maniobra de presión, extorsión» para «molestar, ralentizar la marcha de la actividad y generar unos gastos, conocedoras de los inexistentes ingresos de la mercantil».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 pueden prosperar e 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: el conocimiento por parte de las socias instantes de la situación de la sociedad, y la falta de buena fe y la situación de abuso de derecho que provoca la actuación de las mismas.

2. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad plantea la posible inexistencia de una justa causa que ampare la solicitud al indicar la sociedad que carece de actividad y que cumple sus obligaciones fiscales y mercantiles, con conocimiento de tales extremos por parte de las solicitantes. 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.

3. No es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales o la falta de ejercicio de su derecho a la información frente a la sociedad (*vide* 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 (*vide* artículos 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. 4.1 de Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de cuentas).

4. Respecto a la segunda 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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, de fecha 12 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 3 de agosto de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 3 de agosto de 2017 (3)

En el expediente 142 /2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sociedad Anonima de Racionalización y Mecanización, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., como mandatario de doña ….. y doña ….., presentó escrito de fecha 29 marzo de 2017, 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 «Sociedad Anónima de Racionalización y Mecanización, S.L », el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando, en esencia: 1.º Que se trata de una sociedad integrada por miembros ligados entre sí por lazos familiares así como por otra empresa familiar y donde el volumen neto de ganancia anual del negocio, apenas superó el millón de euros por lo que el objeto no es otro que obstaculizar y actuar con abuso de derecho respecto a la sociedad, añade igualmente el recurrente que ya las solicitantes intentaron obstaculizar la marcha de la sociedad mediante un procedimiento judicial para el nombramiento de auditor y del cual desistieron. 2.º El derecho a la información que regula la ley ha sido siempre respetado en cuanto que las solicitantes se han personado en la empresa y han podido examinar toda la documentación contable por ellas solicitada.

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictó resolución de fecha 12 de junio de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y estimar el nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 27 junio de 2017, que tuvo entrada el 29 de junio en el registro mercantil de Sevilla, 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 primer lugar, respecto del abuso de derecho, 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 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. En segundo lugar, y en lo relativo al derecho de información, no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales (*vide* 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 (*vide* artículos 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 Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, de fecha 12 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 3 de agosto de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 3 de agosto de 2017 (4)

En el expediente 143 /2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Asintesa, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Asturias, en el que tuvo su entrada el 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 5% del capital social de «Asintesa, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando, en esencia, que por los administradores mancomunados se ha procedido a la convocatoria de Junta el día 12 mayo, de donde resulta en el punto Tercero que se va a proceder a nombrar un auditor para verificar las cuentas de 2016.

III

La registradora mercantil de Asturias, doña María Concepción Solares del Castillo, dictó resolución de fecha 26 abril 2017 por la que acordó desestimar la oposición de la sociedad, así como la solicitud de nombramiento del auditor solicitado, alegando la falta de legitimación del solicitante dado que consultada la hoja social resulta que el solicitante consta inscrito como administrador solidario.

IV

Don …..., por escrito de fecha 12 junio de 2017, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Asturias el día 15 del mismo mes, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección

General contra dicha resolución, alegando que con fecha 2 de septiembre de 2014 la estructura del órgano social pasó a ser una administración mancomunada de la cual el solicitante formaba parte, si bien, con fecha 28 de agosto de 2016 el mismo, notificó por burofax a la sociedad su renuncia al cargo, no obstante, aunque tales documentos no se hayan inscrito, señala el recurrente que la inscripción no es obligatoria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 resolución de este expediente consiste en determinar si don ….. carece o no de legitimación para la solicitar el nombramiento de auditor que verifique las cuentas anuales. Debe tenerse en cuenta que con fecha 2 de septiembre de 2014 la estructura del órgano social pasó de ser una administración solidaria a mancomunada, de la cual el solicitante formaba parte, si bien, con fecha 28 de agosto de 2016, notificó por burofax a la sociedad su renuncia al cargo sin que conste su inscripción.

Es cierto que los asientos del Registro Mercantil se presumen exactos y válidos (art. 20 del Código de Comercio), pero no lo es menos que esta presunción decae mediante la oportuna prueba en contrario que es precisamente lo que ocurre en el supuesto de hecho del expediente. Al respecto, es reiterada doctrina de este Centro Directivo que el nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y que, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción. (*cfr.* artículos 22.2 del Código de Comercio, 4 y 94.1.4.º del Reglamento del Registro Mercantil y 214.3, 233 y 234 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 Resoluciones de 17 de diciembre de 1997, 23 de febrero de 2001, 13 de noviembre de 2007 y 28 de enero de 2014).

Esta doctrina es plenamente aplicable al supuesto de hecho por cuanto el cese del administrador surte plenos efectos frente a la sociedad desde que la Junta así lo acuerda o comunica su renuncia sin perjuicio de que sea precisa su inscripción en el Registro Mercantil para su plena eficacia frente a terceros (como ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, en sentencia de 18 de octubre de 2010). Acreditado en el expediente los hechos a que reiteradamente se ha hecho referencia deben ser tenidos en cuenta en la presente resolución. Como ha señalado esta Dirección, 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).

Si el socio administrador con facultad para nombrar auditor ha cesado antes de finalizar el ejercicio a auditar no por ello se le puede privar de su derecho pues como ha reiterado esta Dirección, prevalece su derecho como socio sin que la circunstancia de que la auditoría se refiera en parte a un ejercicio en el que haya tenido responsabilidades sobre las cuentas pueda privarle de aquél. En el presente caso ha quedado acreditado que en el momento de la solicitud el solicitante no ostentaba la condición de administrador y durante el periodo del ejercicio 2016, su cargo fue el de administrador mancomunado.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Asturias, doña María Concepción Solares del Castillo, dictada con fecha 26 de abril de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 3 de agosto de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra Registradora de Asturias.

Resolución de 6 de septiembre de 2017

En el expediente 122/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gran Despensa Real Abadía de Samos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Lugo, 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 «Gran Despensa Real Abadía de Samos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

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

1. Abuso de derecho por parte del solicitante, al haber «sido apoderado y administrador de hecho» de la mercantil durante todo el ejercicio 2016.
2. Que su intención no es impedir la auditoría, sino que en caso de realizarse debe ser a costa del solicitante.
3. Existencia de prejudicialidad penal, ya que existe presentada en el Juzgado de Instrucción Número 2 de Lugo, diligencias previas 392/2017, querella criminal, entre otros, contra el solicitante.

III

La registradora mercantil de Lugo, doña María Núñez Núñez, dictó resolución de fecha 15 de mayo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 12 de junio de 2017, que tuvo entrada el 15 de junio de 2017 en el Registro Mercantil de Lugo, interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y, además, solicitando de esta Dirección General que «dicte nueva resolución ordenando la práctica de la auditoría interesada a cargo del solicitante, don …..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 cuestión única que se plantea en este expediente a la vista del escrito de recurso y la petición contenida en el mismo en el sentido de que la auditoría que se ordene sea a cargo del solicitante, Pablo Gallego Manzano, es la cuestión relativa a los costes de auditoría, respecto de los cuales es doctrina reiterada 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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Lugo, doña María Núñez Núñez, de fecha 15 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 6 de septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Lugo.

Resolución de 7 de septiembre de 2017 (1)

En el expediente 117/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Praia do Contiño, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en su condición de abogado, en nombre y representación de ….., presentó escrito de fecha 27 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Lugo, 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 siendo su representada titular de más del 5% del capital social de «Praia do Contiño, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando, en esencia, «falta de legitimidad del solicitante, toda vez que, don ….., que actúa como representante del socio minoritario doña ….., no aporta poder suficiente para poder realizar la solicitud de auditoría...».

III

A la vista de la anterior alegación, la registradora mercantil de Lugo, doña María Núñez Núñez, remite nueva notificación a la sociedad incluyendo copia del poder aportado, que por error no se había acompañado en la primera notificación sin que, transcurrido el plazo para oposición, se hagan nuevas alegaciones.

IV

La registradora mercantil de Lugo, doña María Núñez Núñez, dictó resolución de fecha 16 de mayo de 2017 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Doña ….., por escrito de fecha 23 de mayo de 2017, que tuvo entrada el día 24 del mismo mes en el Registro Mercantil de Lugo, interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, consistentes en la falta de legitimidad del solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 cuestión única que se plantea en este expediente a la vista del escrito de recurso y su exclusivo fundamento, es la relativa a la falta de legitimidad del solicitante.

A tal fin, hay que tener en cuenta que por parte del solicitante se ha aportado copia del poder general para pleitos, conferido a su favor por su representada, ante doña ….., notario de Ribadeo, el 21 de marzo de 2017, protocolo 335. En dicho poder general se incluyen a favor de don ….., entre otras y expresamente, las siguientes facultades: «... intervenir ante toda clase de órganos de la Administración Nacional, Autonómica, Provincial o Municipal, en los expedientes que en ellos se promuevan o se sigan...». Poder general para pleitos que esta Dirección General, como por otra parte reconoce el mismo recurrente, ha considerado bastante a los efectos de estos expedientes.

Por tanto, la afirmación de que el poder aportado es insuficiente para la actuación representativa que constituye el objeto del expediente es insostenible. De la documentación aportada por el instante resulta que actúa en nombre e interés de su principal y en virtud de un poder notarial general para pleitos entre las que se incluye la facultad arriba transcrita, siendo doctrina de esta Dirección General ser el mismo suficiente a estos efectos como resulta, entre otras, de las resoluciones de 18 de mayo y 17 de septiembre de 2009, 28 de junio de 2010 y 20 de abril de 2015.

No obstante, si la sociedad entiende que la solicitud ha sido llevada a cabo con suplantación de personalidad tiene abierta la vía jurisdiccional 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Lugo, doña María Núñez Núñez, de fecha 16 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 7 de septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo. Sr Registrador de Lugo.

Resolución de 7 de septiembre de 2017 (2)

En el expediente 120/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inmoarevalillo, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 14 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 15 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 «Inmoarevalillo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, que en la última Junta Extraordinaria de la sociedad se procedió a la designación como auditor para los ejercicios 2016, 2017 y 2018 a la mercantil «Bores Loring Control, S.L.P».

III

Con fecha 7 de abril de 2017, por medio de diligencia para mejor proveer y antes de dictar la resolución pertinente, se requiere por el Registro Mercantil de Madrid a la sociedad «Inmoarevalillo, S.L.» para que, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación, se acreditase la fecha fehaciente de dicho nombramiento y aceptación, debiendo proceder, en su caso, a la inscripción del nombramiento de auditor, o bien se acreditase fehacientemente haber puesto el informe de auditoría disposición del socio minoritario o se incorporara al expediente de nombramiento de auditor.

IV

Con fecha 28 de abril de 2017 tiene entrada en el Registro Mercantil de Madrid escrito certificado en la oficina de correos firmado por doña ….., aportando fotocopia del acta notarial de Junta General Extraordinaria de fecha 21 de noviembre de 2016.

V

El Registrador Mercantil de Madrid III, don Jorge Salazar García, dictó resolución de fecha 4 de mayo de 2017, por la que acordó desestimar la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

VI

Doña ….., en nombre y representación de la sociedad, por escrito de fecha 8 de junio de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Servicio Postal de Correos, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

VII

Con fecha 14 de julio de 2017 tiene entrada en el Registro General del Ministerio de Justicia, escrito de don ….., promotor del expediente, adjuntando auto 124/2017, de 13 de julio de 2017 del Juzgado Mercantil núm. 6 de Madrid, estimando la medida cautelar solicitada y suspendiendo el acuerdo segundo de la junta general de la sociedad celebrada el día 24 de noviembre de 2016. La resolución no es firme.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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.

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, 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 art. 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.

En el caso del presente recurso, y como resulta de los antecedentes de hecho, por medio de diligencia para mejor proveer y antes de la resolución del Registro Mercantil de Madrid al respecto, se requiere por éste a la sociedad «Inmoarevalillo, S.L.» para que, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación, bien se acreditase la fecha fehaciente del nombramiento y aceptación, debiendo proceder, en su caso, a la inscripción del nombramiento de auditor, bien se acreditase fehacientemente haber puesto el informe de auditoría disposición del socio minoritario o se incorporara al expediente de nombramiento de auditor, no habiéndose acreditado ninguno de los anteriores extremos por la mercantil, por lo que procede la desestimación del recurso en cuestión.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid III, don Jorge Salazar García, dictada con fecha 4 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 7 de septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo. Sr Registrador Mercantil de Madrid III.

Resolución de 11 de septiembre de 2017 (1)

En el expediente 134/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pazo Blanco Núñez, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 3 de marzo de 2016 (sic), dirigido al Registro Mercantil de Orense, en el que tuvo su entrada el día 27 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 siendo titular de más del 5% del capital social de «Pazo

Blanco Núñez, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia, alegando, en esencia:

1. Que la socia peticionaria siempre ha tenido a su disposición la información contable, y siempre se le ha dado contestación a todas aquellas cuestiones o dudas que se le han planteado.
2. Mala fe por parte de la socia peticionaria, al haberse encontrado los socios de la mercantil en proceso de negociación para la venta de las participaciones sociales de doña ….. a los otros socios siendo una «represalia» por no comprarle las participaciones sociales al precio que ella considere oportuno.
3. Que la auditoría solicitada supone un gasto importante para la sociedad, encontrándose ésta en una situación económica delicada.

III

El registrador mercantil de Orense, don Andrés Ylla García–Germán, dictó resolución de fecha 5 de mayo de 2017 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 1 de junio de 2017, que tuvo entrada el mismo día 1 del mismo mes en el Registro Mercantil de Orense, interpuso recurso 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 primer lugar, y en lo relativo al derecho de información, no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales (*vide* 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 (*vide* artículos 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. 4.1 Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas).

2. En segundo lugar, y respecto de la mala fe alegada por el recurrente, 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 de la 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).

3. Finalmente, y por lo que se refiere a los costes de verificación contable o gastos que la auditoría solicitada supondría para la sociedad, 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Orense, don Andrés Ylla García-Germán, de fecha 5 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 11 de septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Orense.

Resolución de 11 de septiembre de 2017 (2)

En el expediente 135/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Lupol, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de doña ….. y doña ….., presentó escrito de fecha 29 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, 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 siendo titulares de más del 5% del capital social de «Lupol, S.L.», el nombramiento de un auditor para distintas sociedades, entre ellas, la citada «Lupol, S.L.». Es de hacer constar que en el escrito de solicitud, tal y como está redactado, no se aprecia el año para el que se solicita la auditoría.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia, alegando, en esencia:

1. Que la auditoría solicitada sobre esta sociedad con escasos ingresos y no obligada a auditarse se debe al ánimo de poner obstáculos a la normal marcha de la sociedad, en claro abuso de derecho.

2. Que a las socias peticionarias siempre se les ha facilitado las cuentas anuales de la sociedad, de modo que no hay falta de información por parte de la empresa y presume que la solicitud no es más que un instrumento más en la estrategia para perjudicar los intereses de la empresa.

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictó resolución de fecha 8 de junio de 2017 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….. y don ….., por escrito de fecha 23 de junio de 2017, que tuvo entrada el día 27 del mismo mes en el Registro Mercantil de Sevilla, interpusieron recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, abundando en la generación de gastos para la sociedad, conocedoras de los exiguos ingresos de la mercantil, y en el abuso de derecho por parte de las mismas solicitantes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 cuestión previa en la resolución de este recurso hay que tener en cuenta que ni del escrito de solicitud inicial, ni del posterior trámite de oposición ni de la propia resolución del registrador mercantil resulta cual sea el ejercicio efectivamente a auditar. No obstante, dada la fecha de presentación, la falta de oposición al respecto en este sentido y la propia resolución del registrador mercantil objeto de recurso, se considera por esta Dirección General que dicho ejercicio habría de ser el ejercicio 2016, pues, de otro modo, la propia solicitud inicial habría de ser considerada como extemporánea; y en este sentido, y en aras de la economía procesal, se procede a su resolución.

Por lo demás, tres son los motivos esenciales de oposición y ulterior recurso que en este expediente han de ser analizados, en concreto, los relativos a los costes de auditoría, abuso de derecho y derecho de información.

1. En primer lugar, y por lo que se refiere a los costes de verificación contable o gastos que la auditoría solicitada supondría para la sociedad, y por muy exiguos que sean los ingresos de la mercantil, como se manifiesta en el

escrito de recurso, 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.

2. En segundo lugar, y respecto del abuso de derecho alegado por los recurrentes, 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 de las solicitantes 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

3. Finalmente, y en lo relativo al derecho de información, no es aceptable pretender enervar el derecho de las socias minoritarias apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales (*vide* 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 infor-

mación 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. 4.1 Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictada con fecha 8 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 11 de septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 11 de septiembre de 2017 (3)

En el expediente 140/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Klaxon Large Chest, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. y otros presentaron escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día 30, 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 siendo titulares de más del 5% del capital social de

«Klaxon Large Chest, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016. Escrito que fue completado por otro de fecha 18 de abril de 2017 y que tuvo su entrada en el citado Registro el día 20 del mismo mes de abril.

II

Don ….. se opuso a la pretensión de los socios por medio de escrito de fecha 12 de mayo de 2017, alegando, en esencia:

1. No haber acreditado la condición de socios de la compañía ni «Turvail Oriental, S.L.», ni don ….. conforme a los Estatutos de la misma.
2. No haberse celebrado la Junta judicial de «Klaxon Large Chest, S.L.» para nombramiento de administrador único y aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio de 2016.

III

El registrador mercantil de Madrid, don José María Rodríguez Barrocal, dictó resolución de fecha 22 de mayo de 2017 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 26 de junio de 2017, que tuvo entrada el día 29 del mismo mes en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 cuestión previa en la resolución de este recurso hay que tener en cuenta que el recurrente don ….. carece de legitimación al efecto de interposición del presente recurso en los términos de los artículos 4, 5 y 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al no concurrir en él la condición de interesado en el procedimiento administrativo que la citada ley exige, pues no ostenta cargo alguno dentro de la sociedad ni es apoderado de la misma ni representante de ningún interesado como tal ni siquiera socio de la sociedad en cuestión. Esto

sería suficiente para desestimar el presente recurso por falta de legitimación activa del recurrente al carecer de la necesaria condición de interesado en el procedimiento.

Por lo demás, dos son los motivos esenciales de oposición y ulterior recurso que en este expediente han de ser analizados, en concreto, la acreditación de la condición de socios y no haberse celebrado la Junta judicial de «Klaxon Large Chest, S.L.» para nombramiento de administrador único y aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio de 2016.

1. En primer lugar, y en cuanto a la acreditación de la condición de socios, esta Dirección ha reiterado en numerosas ocasiones que el procedimiento de designación de auditor a instancia de la minoría se caracteriza por su falta de rigorismo formal (*vide* por todas, resolución de 21 de julio de 2010), por lo que ha mantenido que basta que el solicitante aporte un principio de prueba por escrito para entenderla acreditada, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–.

Es a la sociedad, debidamente representada, a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que los solicitantes no ostentaban, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegaron, cosa que la sociedad no ha hecho en ningún momento del procedimiento.

2. En segundo lugar, y respecto de la alegación relativa a la no celebración de la Junta judicial de «Klaxon Large Chest, S.L.» para nombramiento de administrador único y aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio de 2016, 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, resolución de 16 de abril de 2012). 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, sólo 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, pero en aquéllos casos en que no exista auditor nombrado como en el caso que nos ocupa, la ley en el ya mencionado artículo 265 LSC protege al socio minoritario quien puede dirigirse al Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don José María Rodríguez Barrocal, dictada con fecha 22 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 11 de septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 11 de septiembre de 2017 (4)

En el expediente 153/ 2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Euromédica Canaria Solis, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presenta un escrito de fecha 6 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Las Palmas Gran Canaria, en el que tuvo su entrada el 24 marzo 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 «Euromedica Canaria Solis», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2011 a 2015.

II

Notificada dicha Sociedad el 31 de marzo de 2017, sin que se hubiese presentado escrito de oposición, el 11 de abril siguiente se designó auditor de cuentas para el ejercicio de 2016, aceptado el cargo el 3 de mayo de dicho año e inscrito en la hoja abierta a la sociedad con esa misma fecha.

Posteriormente fue notificada a la sociedad dicho nombramiento, con fecha 31 de mayo presentándose escrito por medio de su Administrador en el que solicita se acuerde la nuli-

dad de pleno derecho del procedimiento de nombramiento de auditor de las cuentas del ejercicio de 2016. A la vista de dicho escrito de alegaciones, con fecha 2 de junio actual se procedió a la rectificación del nombramiento del auditor en el sentido de que su nombramiento era para la verificación de las cuentas anuales de los ejercicios de 2011 a 2015 inclusive, y no para el ejercicio de 2016 como por error se hizo constar tanto en la resolución del nombramiento como en la diligencia de formalización, comunicándose tal rectificación tanto a la sociedad como al auditor designado quien aceptó de nuevo el cargo para los referidos ejercicios en escrito de 9 de junio actual.

III

En escrito de 13 de junio presentado el mismo día, don ….. en calidad de Administrador de la sociedad presentó escrito de oposición a la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas en base a las siguientes alegaciones: 1.º) La solicitud de nombramiento de auditor debe ser desestimada por extemporánea, solo se pide que se auditen las cuentas de los ejercicios 2011 al 2015, para los que, al momento de la petición, ya había transcurrido el plazo de tres meses previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y que los requisitos de admisibilidad previstos en el citado artículo son de previo examen por parte del Registro Mercantil, por lo que, de no cumplirse los mismos, la solicitud debió ser inadmitida de oficio por el propio Sr. Registrador. 2.º) Que la solicitud fue presentada en el Registro el día 24 de marzo de 2017 por lo que en dicha fecha ya habían transcurrido, con creces, el plazo de tres meses a contar del cierre de los referidos ejercicios. 3.º) Que, en cualquier caso, la subsanación que consta por diligencia de fecha 2 de junio de 2017, por su importancia y trascendencia, abre nuevamente el plazo de 5 días para oponerse a dicho nombramiento, lo que hace por medio del presente escrito en previsión de que el Sr. Registrador no lo haga de oficio. 4.º) Y que, en definitiva, se ha producido una nulidad radical por vicio del procedimiento legalmente establecido en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, al haberse autorizado por parte del Registro la auditoría de las cuentas de 2011 al 2015 fuera del plazo legalmente previsto.

IV

El registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria Adolfo Calandria Amigueti dictó resolución en fecha 20 junio de 2017 por la que acordó estimar la oposición de nombramiento del auditor.

V

Don ….. por escrito de fecha 20 julio de 2017, que tuvo entrada el abril en el Registro Mercantil el mismo día, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en el que alega la indefensión causada al amparo del artículo 24 CE dado que admite alegaciones extemporáneas las cuales tienen como consecuencia rectificar y no admitir el nombramiento de auditor. En segundo lugar, señala el recurrente que el Registrador ha ido contra sus propios actos causando además indefensión al recurrente.

VI

Con fecha 9 de agosto 2017 tuvo entrada en esta Dirección escrito de don ….. solicitando la confirmación de la Resolución del registrador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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.

En primer lugar, la pretensión del recurrente relativa a la nulidad por indefensión prevista en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, debe ser cuidadosamente examinada a luz de la documentación aportada. Se trata de resolver en este expediente si procede confirmar o revocar el nombramiento de auditor cuando en la tramitación del expediente han ocurrido los siguientes hechos. Con fecha 24 de Marzo de 2.017 fue presentada instancia por triplicado solicitando el nombramiento de auditor, al amparo del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, al objeto de verificar las cuentas de los ejercicios de 2011 a 2015 de la misma. Notificada la sociedad el 31 de marzo de 2017, al no haber presentado escrito de oposición, el 11 de abril siguiente se designó auditor de cuentas posteriormente notificada a la sociedad dicho nombramiento, con fecha 31 de mayo presentó escrito por medio de su Administrador en el que solicita se acuerde la nulidad de pleno derecho del procedimiento de nombramiento de auditor de las cuentas del ejercicio de 2016. A la vista de dicho escrito de alegaciones, con fecha 2 de junio actual se procedió a la rectificación del nombramiento del auditor en el sentido de que su nombramiento era para la verificación de las cuentas anuales de los ejercicios de 2011 a 2015 inclusive, y no para el ejercicio de 2016 como por error se hizo constar tanto en la resolución del nombramiento como en la diligencia de formalización, comunicando tal rectificación tanto a la sociedad como al auditor designado que aceptó de nuevo el cargo para los referidos ejercicios en escrito de 9 de junio actual. Asimismo en escrito de 13 de junio presentado por el administrador de la sociedad se presentó escrito de oposición a la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas en base a la extemporaneidad de la solicitud lo que implica una nulidad radical por vicio del procedimiento legalmente establecido en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, al haberse autorizado por parte del Registro la auditoría de las cuentas de 2011 al 2015 fuera del plazo legalmente previsto. Debe tenerse en cuenta que la sociedad fue notificada para que ejercitara dicho derecho el 31 de marzo de 2017 mediante carta certificada

con acuse de recibo que figura archivado en el expediente, siendo así que el último día hábil para presentar su escrito de oposición vencía el día 7 de abril siguiente, presentando dicho escrito la sociedad en este Registro el día 13 de junio, es decir, después del plazo fijado en el apartado 2.º del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, por lo que, al no haberse opuesto, en acta de 11 de abril se designó auditor de cuentas, cuya acta fue rectificada en otra de 2 de junio en el sentido de que el nombramiento de auditor era para la verificación de las cuentas anuales de los ejercicios de 2011 a 2015 inclusive, y no para el ejercicio de 2016 como por error se había hecho constar. Es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (vid resoluciones de 17 de noviembre de 2008 y 25 de julio de 2014), que la oposición a la solicitud es una facultad o derecho de la sociedad y no una carga y, por consiguiente, que el Registrador debe resolver el fondo de la cuestión, es decir, decidir si el solicitante reúne o no los requisitos de capital y tiempo exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para proceder al nombramiento de auditor, y ello aunque la sociedad no se oponga o se oponga fuera del plazo reglamentariamente establecido. A la vista de lo anterior, es evidente que el escrito de oposición ha de ser tenido en cuenta, ya que debe considerarse presentada fuera de plazo la solicitud de nombramiento de auditor para dichos ejercicios, al haber transcurrido con exceso el plazo de tres meses desde la fecha de cierre de los referidos ejercicios sociales, tal y como previene el apartado 2.º del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con los artículos 359.1-2.º y 360 del Reglamento del Registro Mercantil y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, la de 9 de marzo de 1995. En consecuencia, no se desprende de la tramitación de este expediente indefensión alguna para el recurrente dado que la resolución o tramitación no han impedido al recurrente ejercitar los derechos que le reconoce la ley tanto en la solicitud de nombramiento de auditor como en la posibilidad de ejercitar los recursos que contempla la ley. Esta Dirección ha reiterado en numerosas ocasiones que el procedimiento de designación de auditor a instancia de la minoría se caracteriza por su falta de rigorismo formal (*vide* por todas, resolución de 21 de julio de 2010), por lo que ha mantenido que basta que el solicitante aporte un principio de prueba por escrito para entenderla acreditada, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Es a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que la solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó o bien la extemporaneidad de la solicitud. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento, no obstante en el caso que nos ocupa la sociedad a la vista de la solicitud ha puesto de manifiesto que la misma es extemporánea.

El artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital exige dos requisitos para que pueda prosperar, como regla general la petición, esto es, 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. Resulta que el mencionado precepto establece taxativamente dos condiciones concurrentes para que sea estimada la solicitud, de modo que de no reunir la instancia alguno de los dos requisitos lo procedente es desestimar la petición. A la vista de lo expuesto no puede prevalecer la pretensión del recurrente relativa a la indefensión ya que ha quedado acreditada la extemporaneidad y ha tenido la oportunidad de interponer el recurso de alzada frente a la resolución del Registrador.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, don Adolfo Calandria Amigueti de 20 junio 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 11 de septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Las Palmas G.C.

Resolución de 14 de septiembre de 2017

En el expediente 146/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «All 4 Business, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 31 de marzo de 2017, 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 «All 4 Business, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

El escrito de solicitud también hace referencia a las circunstancias relacionadas con el depósito de cuentas del ejercicio 2013 exponiendo determinados hechos, a su juicio relevantes, y solicitando que se considere como no válido el informe de auditoría relativo a dicho ejercicio.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el auditor para los ejercicios 2016, 2017 y 2018 ya ha sido designado en la junta celebrada el día 30 de junio de 2015 en la que estuvo presente el solicitante. 2.º Que el solicitante se encuentra imputado por determinadas conductas. 3.º Que se acompañan escritos del juzgado de lo mercantil del que resultas las circunstancias que han impedido la debida celebración de las juntas. 4.º Que la voluntad de la sociedad ha sido depositar las cuentas de los ejercicios 2013 y 2014 cuyos defectos están intentando ser subsanados. 5.º Que la actitud del solicitante es rocambolesca 6.º Que se aportan los informes de auditoría de dichos ejercicios y del 2015. 7.º Que la solicitud obedece a otros fines que los propios de la solicitud de auditoría.

III

La sociedad presenta escrito de alegaciones de fecha 22 de abril de 2017 del que resulta que la auditoría está siendo objeto de realización por el auditor designado en su acuerdo de 30 de junio de 2015.

El solicitante presenta escrito de alegaciones de fecha 12 de mayo de 2017 en el que insiste en su solicitud.

IV

El registrador mercantil de Valencia núm. 1, don Rodolfo Bada Mañó dictó resolución en fecha 30 de mayo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Doña ….., actuando por cuenta de la sociedad, por escrito de fecha 28 de junio de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que la sociedad tiene designado auditor. 2.º Que la auditoría ya se ha realizado, que se acompaña al escrito de recurso y que se acompaña copia del escrito remitido al solicitante en el que se le da traslado del informe de auditoría.

Se acompaña informe emitido por la sociedad «Cegesa Auditores, S.L.» y firmado por don ….. en fecha 14 de junio de 2017, relativo a la sociedad «All 4 Business, S.L.» y relativo al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2016.

VI

El solicitante presenta nuevo escrito de alegaciones el día 3 de julio de 2017 en el que, tras distintas consideraciones, solicita el mantenimiento de la resolución de 30 de mayo de 2017.

El solicitante presenta nuevo escrito de alegaciones ante esta Dirección General con entrada el día 21 de julio de 2017 en el que lleva a cabo distintas consideraciones sobre la convocatoria de junta que ha recibido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Con carácter previo a cualquier otra consideración, se hace necesario precisar que 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 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 las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como son, las relativas a la valoración que merezcan las cuentas aprobadas en otros ejercicios sociales, el contenido de las auditorías realizadas, la actitud que en su realización hubieran podido tener los auditores, la determinación de cual sea la motivación última del solicitante y cualquier otra semejante.

2. Por lo que se refiere a la única cuestión que constituye el objeto de este expediente, 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 art. 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 veri-

ficación 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 sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 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».

A falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil.

3. En el expediente que da lugar a la presente, y sin necesidad de entrar en otras cuestiones planteadas por el recurrente, resulta que se acompaña al escrito de recurso el informe de verificación de cuentas de la sociedad referido al ejercicio respecto del que ejerció su derecho el solicitante. 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. 4 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). 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 (Fundamento de Derecho segundo *in fine*).

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Valencia núm. 1, don Rodolfo Bada Mañó de fecha 30 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 14 de septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 18 de septiembre de 2017 (1)

En el expediente 148/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «San Joaquín y Santa Ana, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presenta un escrito de fecha 27 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, 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 de más del 5% del capital social (29,03 de «San Joaquín y Santa Ana, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad es notificada mediante escrito de 30 de marzo de 2017 de don José María Méndez Castrillón, Registrador Mercantil de Madrid. La mercantil formula oposición a la pretensión de la socia mediante escrito presentado el 10 de abril suscrito por don …..., apoderado de la mercantil. En el mismo se opone al nombramiento del auditor alegando que, con fecha 18 de marzo de 2016, el órgano de administración de la sociedad designó como auditor voluntario de cuentas para el ejercicio 2016 a la entidad «Audit3, S.A.».

El Registrador Mercantil de Madrid, don José María Méndez Castrillón requiere a la mercantil mediante resolución de 18 de abril de 2017 para que aporte en el plazo de diez días los documentos acreditativos de la fecha fehaciente del nombramiento de auditor efectuado por la sociedad y de la aceptación del mismo, debiendo proceder al objeto de determinar si el derecho del socio ha quedado ineludiblemente garantizado, a la inscripción de dicho nombramiento, acreditar haber puesto el informe de auditoría a disposición del socio minoritario o incorporarlo al expediente.

Dicho requerimiento es atendido por escrito del mencionado administrador único de fecha 8 de mayo, que es presentado el mismo día.

III

El registrador mercantil de Madrid, don José María Méndez Castrillón dictó resolución en fecha 7 de junio de 2017 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado, desestimando la oposición de la sociedad al no acreditarse ni la aceptación del encargo por parte del auditor, ni la inscripción del cargo de auditor nombrado a instancia de la mercantil ni haber puesto a disposición del socio minoritario el informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2016.

IV

Don ….., apoderado por el administrador único de la mercantil interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 7 de junio, reiterando que «difícilmente puede ponerse a disposición de los accionistas un informe que no existe todavía y no existe porque los accionistas no han aprobado las cuentas a auditar». Por tanto, concluye el recurrente que las cuentas serán auditadas en el momento en que sean aprobadas, teniendo el solicitante «como también el resto de accionistas, el correspondiente informe una vez que las cuentas del ejercicio 2015 estén formuladas y aprobadas y formuladas las cuentas correspondientes al ejercicio 2016».

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 art. 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 dere-

cho 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 presente expediente ha quedado acreditado el nombramiento por parte de la mercantil de auditor para el ejercicio 2016 al acompañar escrito de fecha 1 de junio de 2017 con firma legitimada notarialmente por el que «Audit3, S.A.» acepta el encargo de la mercantil «San Joaquín y Santa Ana, S.A.» para auditar el ejercicio 2016.

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.

A falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don José María Méndez Castrillón, de fecha 7 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid XIII.

Resolución de 18 de septiembre de 2017 (2)

En el expediente 150/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pinturas y Suministros Montcada, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 23 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, 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 «Pinturas y Suministros Montcada, S.L.» (titular del 50 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 4 de abril en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo siendo devuelta tal notificación al mencionado Registro Mercantil el 17 de mayo. Mediante diligencia de fecha 24 de mayo es notificado nuevamente al domicilio social de la mercantil, al domicilio indicado por el solicitante en su instancia y al administrador de la misma, siendo recibidas las dos primeras y devueltas la última. Asimismo, se procedió a la notificación por edictos en el «BOE» de fecha 29 de junio de 2017.

La sociedad Pinturas y Suministros Montcada S.L. formula oposición mediante escrito suscrito por don ….., administrador solidario de la misma, en fecha 2 de junio de 2017, en el que indica que el solicitante ostenta el cargo de administrador solidario sin interrupción y con carácter indefinido desde el año 1997 en virtud de escritura de elevación a público de acuerdos sociales otorgada el 15 de octubre de 1997 ante el Notario de Montcada i Reixac Dª Rocío Maestre Cavanna, protocolo 1209, debidamente inscrita en el Registro Mercantil.

III

El registrador mercantil de Barcelona, don José Antonio Rodríguez del Valle Iborra, dictó resolución en fecha 12 de junio de 2017 por la que resolvió la no procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minorista, 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 19 de julio se presenta en el mencionado Registro Mercantil escrito de recurso de la misma fecha suscrito por el solicitante don …..

IV

En dicho escrito don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 12 de junio, en base al siguiente argumento: «si bien estamos ante una sociedad que tiene, formalmente, dos administradores solidarios, la realidad es que tal condición sólo la ostenta, de hecho, el Sr. ….. que es quien ejerce con tal la administración de la sociedad y además de tomar en exclusiva las decisiones ejecutivas del cargo, controla la documentación y contabilidad de la empresa y confecciona los estados contables, no teniendo el que suscribe acceso a dicha información. A pesar de lo alegado en la oposición, no he «desempañado «el cargo de administrador solidario».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 el fundamento anteriormente expuesto carece de virtualidad para fundamentar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Efectivamente no puede sostenerse la conclusión que se sigue por el socio solicitante de que, pese a haber ostentado el cargo de administrador solidario durante la totalidad del ejercicio social correspondiente al año 2016, el ejercicio de tales competencias en realidad eran ejercitadas exclusivamente por el otro administrador solidario, siendo el solicitante tan sólo un administrador solidario «de forma nominal». (apartado segundo del escrito de recurso).

Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado 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, o podido ejercer, 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, 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras).

2. Como resulta del escrito de recurso en el supuesto de hecho que da lugar a la presente, el socio solicitante ha sido efectivamente administrador solidario de la sociedad durante el ejercicio cuya contabilidad solicita auditar, sin perjuicio de haber desarrollado efectivamente tales competencias o no, cuestión que trasciende del alcance del presente expediente.

Por tanto, el hecho de haber desarrollado o no las competencias propias del caro que ostenta el solicitante en nada modifica el sentido de la presente resolución, ya que hasta este momento ha gozado de la facultad de 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 sin haberlo hecho. Por tanto, debe concluirse que no cabe apreciar la concurrencia del oportuno interés protegible en el socio solicitante.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona, don José Antonio Rodríguez del Valle Iborra, de fecha 12 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona V.

Resolución de 19 de septiembre de 2017 (1)

En el expediente 154/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Electrónica San Telmo, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 28 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, 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 «Electrónica San Telmo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando, en esencia: 1. Que la comunicación a que se refiere el artículo 354.1.RRM se ha producido fuera de plazo, dado que aunque fechada el 10 abril, fue entregada el 31 de mayo. Conviene precisar en este punto, que notificado equivocadamente por el Registro Mercantil el ejercicio a auditar, dado que es el de 2016 y no el de 2015 como erróneamente se hizo constar en la primera notificación se procedió a una nueva notificación con posibilidad de ejercitar la oposición pertinente cuyos motivos de oposición fueron los siguientes: 1. La solicitud no contiene referencia a la

causa conforme al artículo 351 Reglamento del Registro Mercantil. 2. El objeto de la solicitud no es otro que el abuso de derecho y causar daño a la sociedad.

III

El registrador mercantil de Santa Cruz de Tenerife, Andrés Barettino Coloma, dictó resolución de fecha 7 de junio de 2017, por la que acordó desestimar los motivos de oposición al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 1 de agosto de 2017 que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Tenerife el día 2 de agosto, 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 primer motivo del recurso no puede prosperar dado que si bien se reconoce que hubo un error en la notificación inicial relativa al ejercicio a auditar, la misma fue subsanada por el Registrador respetando el procedimiento establecido y sin conculcar los derechos de oposición reconocidos en la ley. La resolución impugnada no adolece de ninguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ni puede ser apreciado un defecto de forma que produzca indefensión al recurrente en los términos previstos en el artículo 47 del mismo cuerpo legal. Para que así hubiera sido habría sido preciso que el error de la resolución o tramitación 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.

Nada de esto ha ocurrido en el supuesto que nos ocupa en el que 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. La actuación del registrador ha sido en todo momento correcta dado que ha examinado la legitimación del solicitante derivada de los documentos aportados así como de los asientos registrales los cuales gozan de la presunción de veracidad y legitimidad.

2. En segundo lugar, relativo a la falta de motivación de la solicitud, 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 último lugar, y en lo relativo al abuso de derecho, 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 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Santa Cruz de Tenerife, Andrés Barettino Coloma, de fecha 7 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 19 de septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Santa Cruz de Tenerife.

Resolución de 19 de septiembre de 2017 (2)

En el expediente 155/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Paraíso San Telmo, S.L.»

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 28 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, 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 «Paraíso San Telmo», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando, en esencia: 1. Que las cuentas correspondientes al ejercicio 2015 ya fueron auditadas. Conviene precisar en este punto, que notificado equivocadamente por el Registro Mercantil el ejercicio a auditar, dado que es el de 2016 y no el de 2015 como erróneamente se hizo constar en la primera notificación se procedió a una nueva notificación con fecha 9 de abril, reiterada con fecha 19 de mayo por no haberse retirado la misma de correos, la nueva notificación fue recibida el 31 de mayo con posibilidad de ejercitar la oposición pertinente. Fueron alegadas como causas de oposición tras la nueva comunicación 1. La solicitud no contiene referencia a la causa con-

forme al artículo 351 Reglamento del Registro Mercantil. 2. El objeto de la solcitud no es otro que el abuso de derecho y causar daño a la sociedad.

III

El registrador mercantil de Santa Cruz de Tenerife, don Andrés Barettino Coloma, dictó resolución de fecha 7 de junio de 2017, por la que acordó desestimar los motivos de oposición al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 1 de agosto de 2017, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Tenerife el día 2 de agosto, 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 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 primer motivo del recurso no puede prosperar dado que si bien se reconoce que hubo un error en la notificación inicial relativa al ejercicio a auditar, la misma fue subsanada por el Registrador respetando el procedimiento establecido y sin conculcar los derechos de oposición reconocidos en la ley. La resolución impugnada no adolece de ninguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ni puede ser apreciado un defecto de forma que produzca indefensión al recurrente en los términos previstos en el artículo 47 del mismo cuerpo legal. Para que así hubiera sido habría sido preciso que el error de la resolución o tramitación 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.

Nada de esto ha ocurrido en el supuesto que nos ocupa en el que 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. La actuación del registrador ha sido en todo momento correcta dado que ha examinado la legitimación del solicitante derivada de los documentos aportados así como de los asientos registrales los cuales gozan de la presunción de veracidad y legitimidad.

2. En segundo lugar, relativo a la falta de motivación de la solicitud, 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 último lugar, y en lo relativo al abuso de derecho, 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 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Santa Cruz de Tenerife, Andrés Barettino Coloma, de fecha 7 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 19 de septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Santa Cruz de Tenerife.

Resolución de 20 de septiembre de 2017 (1)

En el expediente 144/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Ricupe, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 17 de abril de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y como socio de «Ricupe, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor real de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud resulta que el ejercicio del derecho de separación se produjo en la junta general de la sociedad celebrada el día 20 de octubre de 2016 en la que se presentaron las cuentas correspondientes al ejercicio 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitud es extemporánea por cuanto el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital se encontraba en suspenso hasta el día 31 de diciembre de 2016. 2.º Que en la junta extraordinaria celebrada en fecha 22 de diciembre de 2016, se aprobó, con la ausencia del solicitante, el reparto de dividendo a cuenta del ejercicio 2016.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 5, don Francisco Javier Nava Osorio dictó resolución en fecha 16 de mayo de 2017 por la que acordó inadmitir la solicitud de nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don ….., por escrito de fecha 17 de junio de 2017, que tuvo entrada el día 19 de junio inmediato posterior 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 sociedad viene actuando con abuso de poder y se han enajenado activos esenciales sin justificación y sin las debidas explicaciones constituyendo una modificación sustancial del objeto social de acuerdo al artículo 346.1 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que la junta extraordinaria celebrada en diciembre de 2016 no puede revocar el ejercicio del derecho de separación de conformidad con el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que así resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 2016 que afirma que semejante acuerdo no puede tener efectos retroactivos. 3.º Que el derecho de separación realizado conforme al artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital fue ejercitado en la junta de fecha 20 de octubre de 2016 por acordarse la falta de reparto de dividendos del ejercicio 2015 con la oposición del solicitante por lo que le asiste el derecho reconocido a que se nombre un experto independiente. 4.º Que la alegación de la sociedad sobre reparto de dividendos se refiere al ejercicio 2016 y no al que consta en la solicitud. Que en cualquier caso, el acuerdo es ilegal por no haberse proporcionado la información necesaria a la junta extraordinaria de conformidad con el artículo 277 de la Ley de Sociedades de Capital.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero y 14 de mayo de 2015.

1. Con ocasión de la celebración de la junta general de la sociedad el día 20 de octubre de 2016, junta en cuyo orden del día se encontraba la aprobación de las cuentas del ejercicio 2015, y ante la falta de acuerdo sobre distribución de beneficios, el recurrente ejerce su derecho de separación y solicita la designación de experto para la valoración de sus participaciones sociales

en los términos previstos en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

Junto a los supuestos legales o estatutarios del derecho de separación, que podrían denominarse tradicionales en nuestro ordenamiento, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11-7-2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

Dice así el artículo 348 bis: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas».

La norma viene a objetivar lo que no venía siendo reconocido más que como principio del derecho de sociedades, proporcionando una potente herramienta jurídica a los socios minoritarios en defensa de sus intereses cuando el fin de lucro inherente a las sociedades de capital no se traduce en una adecuada participación de los socios en los beneficios obtenidos.

2. La peculiar singladura en la vigencia de este precepto resulta esencial para la debida resolución de este expediente.

El precepto transcrito entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo).

A la luz de lo anterior, es evidente que el recurso no puede prosperar pues la norma de cobertura en la que fundamenta su solicitud el recurrente no estaba en vigor al tiempo de producirse el acuerdo por el que se decidió el no reparto de dividendos.

Resulta por tanto irrelevante determinar si al tiempo del acuerdo celebrado el día 22 de octubre de 2016 se producían o no el conjunto de requisitos establecidos en el artículo 348 bis pues a dicha fecha, el precepto no se encontraba vigente por lo que el derecho de separación que el mismo contempla ni podía surgir ni podía ser ejercitado. Así lo han reconocido nuestros Tribunales en distintas resoluciones (*vide* sentencia 22/2013, de 23 de enero de la Audiencia Provincial de Valencia –sección 9.ª–, sentencia 278/2013, de 18 de noviem-

bre de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa –sección 2.ª–, sentencia 322/2015, de 2 de diciembre de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –sección 4.ª–, y sentencia 97/2015, de 31 de marzo del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián).

3. Tampoco puede hablarse de un supuesto de derecho de separación surgido de un acuerdo de modificación del objeto social, supuesto al que se refiere el artículo 346.1.a de la Ley de Sociedades de Capital. El escrito de recurso afirma que la enajenación de activos esenciales implica una modificación sustancial del objeto social, pero dicha afirmación no puede ser respaldada por esta Dirección General de los Registros y del Notariado.

Con independencia de que la enajenación de activos esenciales está sujeta a requisitos especiales (*vide* artículo 160, letra f), y de las consecuencias que de ello puedan derivarse, lo cierto es que el mero hecho de la enajenación no constituye un supuesto de modificación del objeto social. Como indubitadamente resulta de la regulación del derecho de separación, este sólo surge cuando existe un acuerdo social de sustitución o de modificación sustancial de objeto social, supuesto que no puede confundirse con el de enajenación de activos esenciales que, en ningún caso, genera la aparición del derecho de separación.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 5, don Francisco Javier Nava Osorio de fecha 16 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 20 de septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid V.

Resolución de 20 de septiembre de 2017 (2)

En el expediente 145/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de una socia de «Feixas Sant Feliu, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 24 de abril de 2017, en el que solicitó, al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de «Feixas Sant Feliu, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor real de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud resulta:

a) Que su condición de socia y titular de 1006 participaciones sociales resulta de la propia escritura constitucional de la sociedad.

b) Que la sociedad se constituyó en el año 2002, sin que se proceda al reparto de beneficios lo que constituye causa de separación conforme el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

c) Que el día 4 de abril de 2017 se celebró ante notario junta general en la que se aprobó por acuerdo de la mayoría el resultado del ejercicio 2016 así como destinar el resultado a reservas voluntarias.

d) Que la solicitante propuso destinar el resultado a dividendos votando a favor de dicha propuesta que fue rechazada por lo que comunicó en ese momento el ejercicio de su derecho de separación solicitando el valor razonable de sus participaciones que se estimó en determinada cantidad. Que todo lo anterior resulta de copia del acta notarial de junta que se acompaña.

e) Que, a pesar del tiempo transcurrido, la sociedad no ha hecho nada lo que justifica su solicitud de nombramiento de experto en base al artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, vigente desde el 1 de enero de 2017.

II

La sociedad fue debidamente notificada sin que hiciese alegación alguna.

III

La registradora mercantil de Barcelona núm. 10, doña María Azucena Bullón Manzano dictó resolución en fecha 22 de junio de 2017 por la que acordó estimar la solicitud y proceder al nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don ….., como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 6 de julio 2017, que tuvo entrada el día inmediato posterior 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 Que no se opuso a la pretensión de solicitud de nombramiento de experto por encontrarse de baja por enfermedad. 2.º Que el nombramiento de experto por el registrador mercantil pudiera carecer de total independencia y objetividad en cuanto

al nombrado que se cumpliría plenamente mediante su designación en sede judicial. 3.º Que la sociedad se constituyó para proteger y preservar el patrimonio familiar y no para obtener beneficios; que por el mero hecho de obtener beneficios no hay que repartir obligatoriamente dividendos pues precisa tesorería, circunstancia que no se produce en el supuesto. Que la sociedad carece de liquidez al encontrarse adeudada como consecuencia de distintas inversiones realizadas cuyos pagos deben realizarse puntualmente. De aquí que los beneficios se hayan destinados a reservas en previsión de futuras pérdidas. 4.º Que el administrador no se ha beneficiado como consecuencia del destino a reservas de los beneficios obtenidos sin que perciba ningún tipo de remuneración o retribución de la sociedad. 5.º Que, no obstante lo anterior, la sociedad ha realizado en fecha 11 de mayo de 2017 junta general extraordinaria en la que se ha aprobado el reparto de dividendos de más de un tercio de los beneficios obtenidos en 2016, como resulta de copia del acta notarial de junta que se acompaña. 6.º Que la minoría ha fijado un valor de reembolso atendiendo, entre otras cosas, al valor tasado de los inmuebles de la sociedad, siendo así que no se tiene constancia de que se haya llevado a cabo tasación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero y 14 de mayo de 2015.

1. Celebrada junta general de la sociedad en fecha 4 de abril de 2017 en la que se acordó destinar el beneficio del ejercicio 2016 a reservas voluntarias, la instante ejerce su derecho de separación de conformidad con el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y solicita del registrador mercantil la designación de experto a que se refiere el artículo 353 de la propia Ley y 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

2. Es doctrina de esta Dirección General (*vide* resoluciones de 2 de noviembre de 2010, de 7 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2015), que la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social (*vid.* apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las

causas legales de separación de los socios, sino que se permiten otras estatutarias (*cfr.* artículos 346 y 347 de la Ley Sociedades de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones» (sentencia del Tribunal Supremo 63/2011, de 28 de febrero).

La amplitud con la que el legislador ha regulado el derecho de separación se ha extendido, en parte, al régimen jurídico de las sociedades anónimas como resulta de la simple comparación entre el régimen de la derogada Ley (*vide* artículos 147, 149 227 y 320 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, con el vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital). El fundamento en este caso, es la protección de la minoría que aún en sociedades abiertas, como son las sociedades anónimas, precisan de la tutela del ordenamiento cuando las modificaciones impuestas por la mayoría puedan afectar al núcleo de sus derechos individuales.

Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

3. La doctrina expuesta de este Centro Directivo es plenamente respetuosa con la expresada por nuestro Tribunal Supremo que, en su sentencia 32/2006 de 23 enero (seguida por las que luego se citarán), estableció su posición al respecto afirmando que: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. b) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. c) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legalmente previsto mediante e implica una declaración recipticia que debe hacerse llegar a la sociedad. d) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. e) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

4. Junto a los supuestos legales o estatutarios, que podrían denominarse tradicionales en nuestro ordenamiento, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11–7–2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto, que se transcribe más abajo, entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo). Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un *iter* legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017.

Dice así el artículo 348 bis: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas».

Como pone de relieve la sentencia 84/2014, de 21 de marzo de la Audiencia Provincial de La Coruña (sección 4.ª): «Su fundamento radica en que la Ley atribuye a la Junta General de Accionistas la facultad de decidir sobre la aplicación del resultado, si procede el reparto de dividendos, en el caso de que existan beneficios repartibles, que es el derecho en abstracto de los accionistas a participar, por lo que la denegación sistemática y reiterada a lo largo de los años por la mayoría del capital social en Junta puede generar conflictos entre los socios minoritarios, que precisamente el derecho a dividendo es lo que les llevó a participar en la sociedad, concediendo a éstos de tal forma la ley un derecho de separación, cumpliendo determinados requisitos».

La resolución transcrita se hace eco de la afirmaciones contenidas en la sentencia 873/2011 de 7 diciembre de nuestro Tribunal Supremo cuando afirma: «Tratándose en concreto de acuerdos referidos a la aplicación del resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios –a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg–, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo (RJ 2005, 5761), que «[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribuna-

les, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría»… En este sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 788/1996, de 10 de octubre (RJ 1996, 7063) –el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta–, 215/1997, de 19 de marzo –[s]iendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas»–, y 60/2002, de 30 de enero, «[e]l accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago».

De este modo, la norma viene a objetivar lo que no venía siendo reconocido más que como principio del derecho de sociedades, proporcionando una potente herramienta jurídica a los socios minoritarios en defensa de sus intereses cuando el fin de lucro inherente a las sociedades de capital no se traduce en una adecuada participación de los socios en los beneficios obtenidos.

La regulación delimita adecuadamente los límites en que el derecho debe ser ejercitado (*vide* sentencia 22/2013, de 23 de enero de la Audiencia Provincial de Valencia –sección 9.ª–, sentencia 278/2013, de 18 de noviembre de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa –sección 2.ª–, sentencia 322/2015, de 2 de diciembre de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –sección 4.ª–, y sentencia 97/2015, de 31 de marzo del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián), límites que deben ser contemplados con especial rigor ya que no se escapa a esta Dirección que la facultad atribuida al socio minoritario puede dar a situaciones no deseadas por el legislador y que pueden revestir muy distinta índole.

5. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente concurren el conjunto de circunstancias por las que procede el derecho de separación y la designación de experto independiente por lo que procede la confirmación de la resolución de la registradora mercantil de Barcelona. En realidad, el escrito de recurso no lo niega, sino que viene a hacer una serie de reflexiones sobre la pertinencia del nombramiento o sobre la existencia de requisitos adicionales que no resultan del texto legal. Ninguna de tales alegaciones puede desvirtuar la afirmación anterior sobre la procedencia del nombramiento solicitado.

En primer lugar, porque las afirmaciones relativas a la liquidez de la compañía o a la falta de aprovechamiento económico del recurrente y administrador de la sociedad son del todo irrelevantes. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 353 de la Ley de

Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de experto independiente para llevar a cabo la determinación del valor razonable. 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).

Téngase en cuenta no obstante, que la existencia o no de liquidez en la sociedad no condiciona en absoluto el ejercicio del derecho de separación. Como resulta de la regulación legal (*vide* artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital), el reembolso del valor razonable determinado por el experto independiente (art. 354), es una obligación de la sociedad que puede ser llevada a cabo de distintas formas pero que no condiciona el ejercicio del derecho individual del socio reconocido en el artículo 348 bis de la propia Ley.

Tampoco puede entrar este Centro Directivo en la cuestión de si el valor propuesto por la parte solicitante es adecuado o no a las participaciones que ostenta en la sociedad y a los activos sociales. Es competencia del experto independiente que se designe determinar el valor razonable de las participaciones por lo que, cualquier alegación al respecto debe hacerse en ejecución de los trabajos que ha de llevar a cabo.

Tampoco es aceptable la afirmación que hace el escrito de recurso sobre la competencia del registrador mercantil para designar experto y sobre la conveniencia de que sea realizado en sede judicial. El expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 353 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 experto independiente a que se refiere el artículo 353 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 353 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.

Tampoco es aceptable la afirmación del escrito de recurso sobre la finalidad que tuvo en su día la constitución de la sociedad como instrumento para preservar el patrimonio familiar. Cualquiera que haya sido la finalidad última perseguida por las partes en la constitución de la sociedad de capital, lo cierto es que se sujetaron a su régimen jurídico y, en consecuencia, a las normas establecidas en su Ley reguladora. También es inaceptable la afirmación de que el mero hecho de producirse beneficios no implica que deban repartirse dividendos. La afirmación, que es una obviedad, no desvirtúa el hecho de que existiendo beneficios repartibles (como exige el propio artículo 348 bis), surge el derecho de separación si concurren el resto de requisitos a que se refiere el precepto.

Por último, no puede aceptarse como causa de enervación del ejercicio del derecho de separación y de la designación de experto solicitada, que la sociedad haya acordado con posterioridad un reparto de dividendos. Como ya afirmara nuestro Tribunal Supremo en un supuesto sustancialmente idéntico al presente (*vid.* Sentencia de 26 de enero de 2006), es indudable que la sociedad puede «rectificar, desistir, arrepentirse o renunciar» un acuerdo que previamente haya adoptado, pero siempre con pleno respeto a las normas del ordenamiento jurídico y con efectos *ex nunc* pues no puede pretenderse dejar sin efecto aquellos ya producidos. Y es que, afirma la propia Sentencia: «No hay, en primer lugar, tal restablecimiento (de una situación anterior), sino una nueva modificación que carece de efectos retroactivos, que sólo cabe reconocer a las Leyes que así lo dispongan (art. 2.3 CC) dentro de los límites de seguridad que señala el artículo 9.3 de la Constitución…».

Con mayor contundencia la Sentencia de 18 de octubre de 2012 afirma: «…la primera premisa de la que debemos partir es que nuestro sistema admite de forma expresa que las sociedades mercantiles adopten acuerdos que dejen sin efecto los anteriores, mediante la adopción de otros para revocar expresamente los adoptados o mediante la adopción de otros incompatibles. Ello, sin perjuicio de que, como indica la sentencia 32/2006, de 23 de enero (RJ 2006, 256), no existe un «derecho al arrepentimiento» con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo revocado…».

Como pone de relieve la reciente resolución de 17 de abril de 2017 de este Centro Directivo en materia de recursos contra la calificación de los registradores, de la doctrina jurisprudencial expuesta resulta que el acuerdo revocatorio de otro anterior no puede perjudicar ni alterar situaciones jurídicas con proyección sobre intereses de tercero, pues de otro modo quedaría en manos

de la propia sociedad el ejercicio de los derechos individuales que al socio otorga el ordenamiento jurídico.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona núm. 10, doña María Azucena Bullón Manzano de fecha 22 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 20 de septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 25 de septiembre de 2017 (1)

En el expediente 156/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pamicom Comunicaciones, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presenta un escrito de fecha 10 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, 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 «Pamicom Comunicaciones, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad es notificada mediante escrito de 21 de marzo de 2017 de don Miguel Seoane de la Parra, Registrador Mercantil de Madrid. La mercantil formula oposición a la pretensión de la socia mediante escrito de 30 de marzo, presentado el 5 de abril, suscrito por don ….., secretario no consejero de la mercantil. En el mismo se opone al nombramiento del auditor alegando tanto la mala fe de la solicitante como el inicio de los trabajos conducentes a elaborar la auditoría del ejercicio 2016.

III

El registrador mercantil de Madrid, don Miguel Seoane de la Parra dictó resolución en fecha 12 de abril de 2017 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado, desestimando la oposición de la sociedad al no poder ser tenidas en consideración en el seno del presente expediente las motivaciones de la solicitante y no resultar acreditado el nombramiento de auditor para el ejercicio 2016. En el mismo se le indica la posibilidad de recurrir contra tal acuerdo en el plazo de un mes ante la Dirección General de los Registros y del Notariado conforme a lo dispuesto en el artículo 122 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Dicha resolución es notificada el día 19 de abril por correo certificado con acuse de recibo.

IV

La mercantil Pamicom Comunicaciones S.L. no interpone recurso en el mencionado plazo y, tras previos acuerdos de nombramiento rechazados, el registrador dicta resolución de fecha 26 de junio de 2017 por la que nombra a la sociedad Direct Auditores S.L.P, que acepta el nombramiento por escrito de 28 de junio.

Don ….., secretario no consejero de la mercantil, interpone recurso contra la anterior resolución mediante escrito de 25 de julio de 2017 presentado en el Registro Mercantil de Madrid el mismo día, indicando que ya se ha realizado la auditoría correspondiente al ejercicio 2016 por la sociedad Capital Auditors and Consultants S.L., acompañando el correspondiente informe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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 art. 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. Esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha considerado que, frente al plazo reglamentario debe prevalecer el señalado en el artículo 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que dispone que las resoluciones podrán recurrirse en alzada en el plazo de un mes.

2. En el caso presente, consta en el expediente que la notificación de la resolución de 12 de abril del registrador Mercantil de Madrid por la que se acordó la procedencia de llevar a cabo la designación de auditor solicitada, se recibió el día 19 del mismo mes, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil el día 25 de julio, es decir, una vez vencido el plazo de un mes para su interposición.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó en dicha fecha el estado de firmeza (art. 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

El escrito de recurso se interpone contra la resolución del registrador mercantil de fecha 26 de junio de 2017 por la que, una vez firme la anterior, se procede al nombramiento de auditor concreto y determinado. En consecuencia, la resolución por la que se adoptó el acuerdo de procedencia de nombramiento de auditor devino firme y es extemporáneo el recurso interpuesto una vez producido dicho efecto jurídico.

En su virtud, esta Dirección General resuelve inadmitir el recurso por extemporaneidad.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 25 de septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 25 de septiembre de 2017 (2)

En el expediente 160/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Finca el Hormigal, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. y doña ….. presentan un escrito de fecha 29 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 30 del mismo mes, 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 «Finca el Hormigal, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad es notificada de la existencia del expediente mediante escrito de 5 de abril de 2017 por don Manuel Álvarez Gómez, Registrador Mercantil de Madrid. La notificación es remitida por correo certificado en dos ocasiones, siendo en ambos casos devuelta por desconocida. Posteriormente se practica notificación por publicación en el «BOE» de fecha 23 de junio de 2017. La mercantil no formula oposición a la pretensión de las socias.

III

El registrador mercantil de Madrid, don Manuel Álvarez Gómez dictó resolución en fecha 17 de julio de 2017 por la que acordó desestimar la solicitud de las socias al resultar nombrada la sociedad Iberaudit Kreston BPA, S.L auditora para los ejercicios 2016, 2017 y 2018, resultando inscrito tal nombramiento en la inscripción 7.ª de la hoja social.

IV

Doña ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 17 de julio, indicando que «dicho nombramiento fue realizado y aceptado con posterioridad a la solicitud presentada por esta parte».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 art. 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 indepen-

diente 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 presente expediente ha quedado acreditado tanto el nombramiento por parte de la mercantil de auditor para el ejercicio 2016 como su inscripción en la hoja abierta a la sociedad en el registro Mercantil, asegurando el interés protegible; concretamente ha quedado garantizado el derecho del socio de acceso al informe de verificación contable mediante la oportuna inscripción del mencionado nombramiento, inscripción que impedirá el depósito de cuentas de la sociedad a menos de que venga acompañado del oportuno informe de verificación tal y como resulta del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don Manuel Álvarez Gómez, de fecha 17 de julio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 25 de septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 25 de septiembre de 2017 (3)

En el expediente 168/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de socios de «Moquengui, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., doña ….., doña ….. y don ….. presentaron un escrito de fecha 6 de junio de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Palma de Mallorca, en el que tuvo su entrada el día 28 inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y como socios de la entidad «Moquengui, S.A.», el nombramiento de un experto que determine el valor razonable de sus acciones.

De la solicitud resulta:

a) Que el día 24 de junio de 2016 se celebró Junta general de la sociedad en la que se aprobó, con el voto en contra de los solicitantes y conforme al punto cuarto del orden del día, el cambio del objeto social, ampliando el actual objeto a otras actividades. Se acompaña copia del acta de la junta general.

b) Que de conformidad con la previsión del artículo 348 de la Ley de Sociedades de Capital, ejercitaron su derecho de separación por medio de requerimiento notarial, copia del cual se acompaña.

c) Que ha sido imposible llegar a un acuerdo con la entidad sobre el ejercicio del derecho de separación y sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el Registro Mercantil de Palma de Mallorca, ante la presentación a inscripción de los acuerdos adoptados por la junta de fecha 24 de junio de 2016, notifico a la sociedad la calificación negativa por nulidad en la convocatoria de la junta conforme al artículo 287 de la Ley de Sociedades de Capital. Que ante el carácter de los defectos señalados la sociedad no recurrió dicha decisión deviniendo firme. 2.º Que doña ….. y doña ….. interpusieron contra la sociedad demanda impugnando los acuerdos cuarto y quinto del orden del día adoptados en la referida Junta General de 24 de junio de 2016, en atención a la existencia de defectos esenciales de la convocatoria, tramitada ante el Juzgado Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, Juicio Ordinario 733/2017, en el que la sociedad, al igual que en el anterior, se allanó. Que el Juicio se encuentra pendiente de resolución. 3.º Que, como consecuencia, no existe acuerdo válido de la junta general, ni dicho acuerdo fue objeto de inscripción ni de publicación en el Borme, de donde resulta que el derecho de separación ni nació ni pudo ser ejercitado.

III

El registrador mercantil de Palma de Mallorca, don Joaquín Cortés Sánchez dictó resolución en fecha 28 de julio de 2017 por la que acordó admitir la oposición y rechazar el nombramiento del experto solicitado. La resolución se fundamenta en que no existiendo acuerdo inscrito ni publicado en el «BORME» ni resultando del expediente la notificación individual a que se refiere el artículo 348.1 de la Ley de Sociedades de Capital, no procede la designación solicitada.

IV

Doña ……, doña ….., por escrito de fecha 14 de agosto de 2017, que tuvo entrada el 17 de agosto de 2017 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 Que la resolución del registrador interpreta erróneamente el artículo 348 de la Ley de Sociedades de Capital pues el derecho de separación no surge con la publicación del acuerdo sino desde que este es adoptado y se aprueba el acta correspondiente, que en el supuesto es acta notarial no precisada de ulterior aprobación. 2.º Que así se ha pronunciado

el Tribunal Supremo en su sentencia 32/2006 de 23 enero, así como la Audiencia Provincial de las Islas Baleares en su sentencia 178/2003 de 14 abril. 3.º Que así resulta de la regulación de los artículos 202 y 203 de la Ley de Sociedades de Capital y de la interpretación que la doctrina ha hecho de los mismos.

Que los solicitantes han solicitado personarse en el procedimiento de demanda de nulidad iniciado por otros socios con el fin de oponerse al allanamiento. Que no existe declaración de nulidad de los acuerdos. Que, en cualquier caso, y como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo citada, los acuerdos posteriores no perjudican los derechos adquiridos».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 204, 208, 346 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. Son relevantes en el supuesto que da lugar a la presente los siguientes hechos:

a) La sociedad acuerda, en junta general celebrada en fecha 24 de junio de 2016, entre otros acuerdos no relevantes para la presente, la modificación por ampliación del objeto social con el voto en contra de los ahora solicitantes.

b) Los solicitantes ejercitan su derecho de separación, conforme al artículo 348 de la Ley de Sociedades de Capital, mediante notificación llevada a cabo por conducto notarial.

c) Los acuerdos son elevados a público y, solicitada la inscripción en el Registro Mercantil, se califica negativamente por defectos en la convocatoria que implican su nulidad.

d) La sociedad alega que por parte de otros socios distintos a los solicitantes y recurrentes, se presenta demanda de nulidad de los acuerdos adoptados en la junta de 24 de junio de 2016. La sociedad se allana a la demanda. No resulta del expediente la existencia de resolución judicial firme.

2. Es doctrina de esta Dirección General (*vide* resoluciones de 2 de noviembre de 2010, de 7 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2015), que la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social (*vid.* apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las

causas legales de separación de los socios, sino que se permiten otras estatutarias (*cfr.* artículos 346 y 347 de la Ley Sociedades de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones» (sentencia del Tribunal Supremo 63/2011, de 28 de febrero).

La amplitud con la que el legislador ha regulado el derecho de separación se ha extendido, en parte, al régimen jurídico de las sociedades anónimas como resulta de la simple comparación entre el régimen de la derogada Ley (*vide* artículos 147, 149 227 y 320 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, con el vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital). El fundamento en este caso, es la protección de la minoría que aún en sociedades abiertas, como son las sociedades anónimas, precisan de la tutela del ordenamiento cuando las modificaciones impuestas por la mayoría puedan afectar al núcleo de sus derechos individuales.

Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurren las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

3. La doctrina expuesta de este Centro Directivo es plenamente respetuosa con la expresada por nuestro Tribunal Supremo que, en su sentencia 32/2006 de 23 enero, estableció su posición al respecto afirmando que: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. b) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. c) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legalmente previsto e implica una declaración recipticia que debe hacerse llegar a la sociedad. d) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. e) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

4. Es cierto, como pone de relieve el escrito de recurso, que como ya afirmara nuestro Tribunal Supremo, (*vid.* Sentencia de 26 de enero de 2006), es indudable que la sociedad puede «rectificar, desistir, arrepentirse o renunciar» un acuerdo que previamente haya adoptado, pero siempre con pleno respeto a las normas del ordenamiento jurídico y con efectos *ex nunc* pues no puede pretenderse dejar sin efecto aquellos ya producidos. Y es que, afirma la propia Sentencia: «No hay, en primer lugar, tal restablecimiento (de una situación anterior), sino una nueva modificación que carece de efectos retroactivos, que sólo cabe reconocer a las Leyes que así lo dispongan (art. 2.3 CC) dentro de los límites de seguridad que señala el artículo 9.3 de la Constitución…».

Con mayor contundencia la Sentencia de 18 de octubre de 2012 afirma: «… la primera premisa de la que debemos partir es que nuestro sistema admite de forma expresa que las sociedades mercantiles adopten acuerdos que dejen sin efecto los anteriores, mediante la adopción de otros para revocar expresamente los adoptados o mediante la adopción de otros incompatibles. Ello, sin perjuicio de que, como indica la sentencia 32/2006, de 23 de enero (RJ 2006, 256), no existe un «derecho al arrepentimiento» con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo revocado…».

Como pone de relieve la reciente resolución de 17 de abril de 2017 de este Centro Directivo en materia de recursos contra las calificaciones de los registradores, de la doctrina jurisprudencial expuesta resulta que el acuerdo revocatorio de otro anterior no puede perjudicar ni alterar situaciones jurídicas con proyección sobre intereses de tercero, pues de otro modo quedaría en manos de la propia sociedad el ejercicio de los derechos individuales que al socio otorga el ordenamiento jurídico.

5. Lo que ocurre es que la sociedad no ha alegado en ningún momento haber adoptado un acuerdo revocatorio o modificatorio del anterior. Lo que la sociedad ha alegado es que existe una demanda de nulidad entablada ante un juzgado por socios distintos a los ahora solicitantes; demanda a la que sociedad se ha allanado.

Tienen de nuevo razón los recurrentes cuando afirman que no existe en el expediente resolución judicial firme de declaración de nulidad de los acuerdos de los que deriva su derecho de separación. Lo que ocurre es que la conclusión que de tal situación se deriva no es la que ellos sostienen.

Como ha reiterado esta Dirección (resoluciones en sede de designación 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 porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social, bien para discutir como ahora se hace si el solicitante es titular de participaciones concretas o bien de un porcentaje sobre

un conjunto de ellas. El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida este siendo ejercitada por los Tribunales impide que esta Dirección se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto.

Esta es la situación que se encuentra planteada en el supuesto de hecho: del expediente resulta que existe una contienda planteada en el ámbito judicial de cuyo resultado dependerá o no la existencia del supuesto fáctico del que deriva el nacimiento del derecho de separación. Hasta que tal cuestión no esté decidida por resolución judicial firme no puede el registrador mercantil resolver sobre si concurren o no los requisitos establecidos en el ordenamiento para determinar la procedencia de la designación de un experto independiente.

Como consecuencia de lo anterior esta Dirección General resuelve en los siguientes términos:

1.º Se deja sin efecto la resolución del registrador mercantil de Palma de Mallorca, don Joaquín Cortés Sánchez de fecha 28 de julio de 2017.

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 que se le acredite por la parte interesada la existencia de una resolución judicial firme, 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 su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Palma de Mallorca, don Joaquín Cortés Sánchez de fecha 28 de julio de 2017 en los términos que resultan.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 25 de septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Palma de Mallorca.

Resolución de 5 de octubre de 2017 (1)

En el expediente 151/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Labec Pharma, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presenta un escrito de fecha 1 de febrero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 7 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 (27,15%), de «Labec Pharma, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad es notificada mediante escrito de 8 de febrero de 2017 de don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, Registrador Mercantil de Madrid. La mercantil formula oposición a la pretensión del mencionado socio mediante escrito presentado el 14 de febrero suscrito por don ….., administrador único de la mercantil. En el mismo se opone al nombramiento del auditor alegando que el título de adquisición de 11.231 participaciones por parte del solicitante es fraudulento, habiendo sido objeto de querella criminal, si bien el propio administrador único reconoce la legitimidad del mismo al ser titular, en cualquier caso, de un porcentaje superior al 5 % del capital social.

En segundo lugar, indica en su escrito de oposición que se ha encargado el informe de auditoría correspondiente al mencionado ejercicio 2016 a la entidad «APLEM Consulting, S.L.P.» que aceptó el nombramiento en fecha 23 de diciembre de 2016 estando pendiente de la previa inscripción del nombramiento del administrador único firmante. Se acompaña escrito fechado el día 23 de diciembre de 2017 en el que el representante de «APLEM Consulting, S.L.P.» expone que acepta el nombramiento llevado a cabo por el administrador único de «Labec Pharma, S.L.» El escrito contiene testimonio de legitimación de firma de fecha 23 de diciembre de 2016 del notario de Alicante, don Francisco Benítez Ortiz.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don José María Méndez Castrillón Fontanilla requiere a la mercantil mediante resolución de 22 de febrero de 2017 para que en el plazo de diez días aporte los documentos acreditativos de la fecha fehaciente del nombramiento de auditor efectuado por la sociedad, debiendo proceder, al objeto de determinar si el derecho del socio ha quedado ineludiblemente garantizado, a la inscripción de dicho nombramiento, a acreditar haber puesto el informe de auditoría a disposición del socio minoritario o incorporarlo al expediente.

Dicho requerimiento es atendido por escrito del mencionado administrador único de fecha 7 de marzo indicando que la fehaciencia del nombramiento resulta del propio documento de aceptación, estando la firma legitimada en fecha 23 de diciembre de 2016 por el Notario de Alicante don Francisco Benítez Ortiz. Que en cuanto a la inscripción en el Registro Mercantil, está pendiente de la inscripción del nombramiento del administrador que suscribe. Que el documento de aceptación incluye la fecha de adopción del acuerdo por el administrador único lo que acredita su fehaciencia.

El Registrador Mercantil de Madrid, don José María Méndez Castrillón Fontanilla vuelve a reiterar requerimiento por escrito de fecha 14 de marzo, en el que pone de relieve

que la mera aceptación del auditor no es suficiente para enervar la solicitud sino que es preciso aportar el documento del que resulte el nombramiento así como la aceptación y, además, proceder a la inscripción en el Registro Mercantil, o bien acreditar haber puesto el informe de auditoría a disposición del socio o incorporarlo al expediente.

La sociedad contesta por escrito de 24 de marzo de la mercantil, suscrito por su administrador único por el que afirma acompañar la documentación y solicita la inscripción del nombramiento de auditor voluntario. Acompaña certificación emitida por el administrador único de fecha 23 de diciembre de 2016 en el que expone que «ha procedido al nombramiento de Auditor para el ejercicio 2016 en la entidad «APLEM Consulting, S.L.P.» en fecha 23 de diciembre de 2016».

IV

El registrador mercantil de Madrid, don José María Méndez Castrillón dictó resolución en fecha 3 de abril de 2017 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado, desestimando la oposición de la sociedad al no acreditarse la fehaciencia del documento por el que se solicita la inscripción de la designación voluntaria de auditor.

V

Don ….., administrador único de la mercantil interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 3 de abril, reiterando que: «la fehaciencia de la fecha de dicho nombramiento se deduce del propio documento de aceptación del auditor nombrado, en el que consta la fecha indicada, junto con la aceptación, estando dicho documento legitimado por el Ilustre Notario de Alicante Don Francisco Benítez Ortiz. En cuanto a la inscripción del cargo, está exclusivamente pendiente de la previa y necesaria inscripción del nombramiento del administrador único que suscribe, y una vez inscrito el cargo, se procederá a la ejecución del encargo con la consiguiente convocatoria de Junta y traslado del informe a los Sres. Socios».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 art. 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.

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 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».

A falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil.

2. En el presente expediente, tras diversas vicisitudes que se han hecho constar por extenso en los hechos, resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 7 de febrero de 2017 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar escrito de fecha 23 de diciembre de 2016 con firma legitimada notarialmente en dicha fecha por el que don ….., administrador solidario de «APLEM Consulting, S.L.P.» acepta el encargo de la mercantil «Labec Pharma, S.L.» para auditar el ejercicio 2016.

La cuestión se traslada a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio. De la resolución del registrador mercantil de 3 de abril de 2017 resulta que la sociedad solicitó la inscripción del nombramiento de auditor en fecha 27 de marzo de 2017 mediante aportación de fotocopia escaneada del nombramiento de auditor. La resolución del registrador mercantil afirma que la falta de fehaciencia del documento aportado ha impedido la debida acreditación del nombramiento.

Tiene declarado este Centro Directivo, que ante una situación de indeterminación sobre el estado del Registro cuando se solicita una designación de auditor, el registrador Mercantil debe esperar a que la misma adquiera firmeza. Hasta ese momento no se podrá determinar la situación registral y, en consecuencia, la procedencia o no de proceder a la designación de un auditor a instancia de la minoría.

Si la decisión del registrador Mercantil sobre la improcedencia de inscripción de un auditor voluntario llevada a cabo por la sociedad ha sido impugnada ante esta Dirección General, la indeterminación sobre si definitivamente procederá o no el nombramiento afecta al contenido del Registro por lo que la decisión sobre si procede o no la designación de auditor previsto en el artículo

265.2 de la Ley de Sociedades de Capital deberá demorarse hasta que quede resuelta en vía administrativa.

Esta doctrina es plenamente coherente con la regulación de nuestro ordenamiento jurídico que prevé que el registrador de la Propiedad no emita calificación hasta que la situación del contenido del Registro sea definitiva (*vid.* artículo 18 de la Ley Hipotecaria). Este mismo esquema de cosas se reproduce en el ámbito del Registro Mercantil sin que la particular existencia de más de un Libro Diario altere el principio general del artículo 18.4 del Código de Comercio dada la coordinación prevista en el ordenamiento (*vid.* artículos 23, 29, 80 y 358.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

3. Esta es la situación que se produce en el supuesto de hecho en el que resulta del expediente que se ha solicitado la inscripción del nombramiento de auditor voluntario, inscripción que de practicarse enervaría la solicitud del socio minoritario de acuerdo a la doctrina expuesta más arriba.

Del expediente no resulta la firmeza de la situación registral por cuanto presentada la solicitud de inscripción de auditor voluntario por la sociedad el día 27 de marzo de 2017, la resolución sobre la procedencia del nombramiento de auditor a instancia de la minoría es de fecha 3 de abril de 2017; es decir, en plena vigencia del asiento de presentación de aquella por lo que la eventual decisión que se haya tomado sobre la solicitud de inscripción de nombramiento voluntario y su posible impugnación provocan que el estado del contenido del Registro no permita tenerlo por definitivo. Producida la inscripción o la caducidad del asiento de presentación y despejada la incertidumbre es cuando procede el pronunciamiento del registrador de acuerdo con el contenido del Registro.

En esta situación no resulta posible determinar si la resolución impugnada es o no conforme a derecho pues la indeterminación del contenido del Registro lo impide.

De acuerdo a las consideraciones anteriores esta Dirección General resuelve:

1.º Se deja sin efecto la resolución del registrador mercantil de Madrid, don José María Méndez Castrillón, de fecha 3 de abril de 2017.

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, en atención al estado del Registro y una vez resuelta definitivamente la solicitud de la sociedad de que se lleve a cabo la inscripción del nombramiento de auditor acordado con fecha 23 de diciembre de 2016, 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 su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso en los términos que resultan de la anterior.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 5 de octubre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 5 de octubre de 2017 (2)

En el expediente 152/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Fábrega Empresa Constructora, S.A.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 18 de abril de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y como socio de la entidad «Fábrega Empresa Constructora, S.A.» el nombramiento de un auditor que determine el valor real de las participaciones sociales.

De la solicitud resulta:

a) Que es socio de la sociedad Fábrega Empresa Constructora, S.A. ostentando un número de acciones equivalentes al 19% del capital social.

b) Que habiendo notificado a la sociedad su intención de enajenar las acciones, en la junta celebrada el día 3 de marzo de 2017, se acordó ejercer el derecho de adquisición preferente en los términos establecidos en los estatutos sociales. Se acompaña copia del acta notarial de junta de la que resulta que en el punto número uno del orden del día, la junta general aprobó con el 76,69% de los votos, ejercer en los términos establecidos en los estatutos sociales el derecho de adquisición preferente sobre la acción número 1846 del capital social objeto del ofrecimiento de venta del accionista don ….. En el acuerdo siguiente la sociedad acuerda no aceptar el precio ofrecido por el accionista vendedor y en el acuerdo siguiente ofrecer determinada cantidad como precio apropiado.

c) Que de los estatutos sociales resulta que el procedimiento de fijación del precio está integrado por cuatro fases: acuerdo entre vendedor y comprador; valor real determinado por el auditor de la sociedad; caso de impugnación extrajudicial o judicial, determina-

ción por técnico elegido por las partes; en defecto de los anteriores, auditor designado por el registrador mercantil. De copia que de los mismos se acompaña resulta: …

d) Que las tres fases primeras se han agotado sin éxito pues: no hubo acuerdo entre las partes; pese a la oposición del instante, la administración encargó a su auditor informe de valoración que el instante rechazó expresamente; la propuesta de designación de técnico por parte del instante es rechazada expresamente como resulta de la documentación que se aporta.

e) Que, como consecuencia de lo anterior, se está en la situación de poder solicitar la designación por parte del registrador mercantil conforme al artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

II

Notificada la sociedad por el registrador mercantil de Madrid no presentó alegación alguna.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 5, don Francisco Javier Nava Osorio dictó resolución en fecha 15 de junio de 2017 por la que acordó inadmitir la solicitud y denegar el nombramiento del experto solicitado. La resolución basa su decisión en el hecho de que el solicitante no ha planteado ninguna circunstancia legal o estatutaria que justifique acudir al procedimiento registral de designación de experto.

IV

Don ….., por escrito de fecha 18 de julio de 2017, 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, resumidamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que la resolución del registrador mercantil recae en incongruencias que no resultan del expediente. 2.º Que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado citada en la resolución no es de aplicación al supuesto de hecho. 3.º Que la resolución del registrador mercantil es errónea por cuanto se basa en que la solicitud no justifica la concurrencia de la causa que justifique la designación cuando resulta patente del contenido de los estatutos, que son la norma de la sociedad».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 123 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. La única cuestión que se plantea en este expediente consiste en determinar si procede o no la designación por parte del registrador mercantil de un experto que determine el valor real de una acción de una sociedad obligada a verificación contable y que cuenta con auditor designado e inscrito; acción que, ante la pretensión de venta de un socio, la sociedad ha decidido adquirir en base a las previsiones estatutarias al respecto.

Son hechos de relevancia los siguientes que resultan del expediente:

a) En junta general celebrada ante notario cuyo resultado consta en acta de fecha 2 de marzo de 2017 y que se celebró el día siguiente, se acordó por la sociedad ejercer en los términos establecidos en los estatutos sociales el derecho de adquisición preferente sobre la acción número 1846 del capital social objeto del ofrecimiento de venta por el accionista hoy solicitante.

b) A continuación la misma junta acordó no aceptar el precio ofrecido por el solicitante.

c) A continuación la misma junta acordó fijar el precio apropiado en otra cantidad.

d) Resulta del expediente que la sociedad notificó al socio el valor real de la acción fijado de conformidad con el informe al efecto emitido por el auditor de la sociedad de fecha 28 de marzo de 2017.

e) Igualmente resulta que el ahora solicitante impugnó dicha valoración por considerarla ilegal por falta de imparcialidad y objetividad, así como que ofreció la designación de técnico determinado.

f) Finalmente, resulta que la sociedad contestó al anterior ofrecimiento teniendo por impugnado el valor determinado por el auditor de la sociedad, rechazando la designación de la persona propuesta por el solicitante y, reservando la aceptación futura de los términos en que pudiera continuar el proceso.

Así las cosas, el objeto de este procedimiento consiste en determinar si de acuerdo al sistema establecido en los estatutos sociales procede o no el nombramiento por parte del registrador mercantil.

2. Para la adecuada resolución es preciso traer a colación el texto de los estatutos sociales cuya aplicación constituye el núcleo de la discrepancia.

Dice así en la parte que interesa a este expediente: «6. Si al ejercitarse el derecho de adquisición preferente establecido, hubiera discrepancia en cuanto al precio de venta de las acciones y no alcanzasen comprador y vendedor un acuerdo al respecto en quince (15) días (en cuyo caso el comprador podrá optar por materializar la compraventa, bien mediante un solo pago a efectuar en el plazo máximo de tres (3) meses contados a partir del acuerdo, bien mediante cuatro (4) pagos del mismo importe a efectuar el primero de ellos dentro del plazo de tres (3) meses y los tres (3) siguientes en sucesivas anualidades incrementándose la cuantía de los tres (3) últimos con el interés legal del dinero correspondiente), el precio de venta será el que corresponda al valor real de la acción al día en que se hubiese comunicado a la Sociedad

el propósito de transmitir. Se entenderá por valor real el que determine el Auditor de Cuentas de la Sociedad. Si ésta no estuviese obligada a la verificación de cuentas anuales o, no tuviese designado Auditor de la Sociedad, o se suscitare impugnación extrajudicial o judicial al respecto el valor real de la acción será el que determine un Técnico Titulado elegido por ambas partes por vía de actualización y corrección del último Balance aprobado y, en su defecto, a falta de acuerdo, el que establezca el Auditor que, a solicitud de cualquier interesado, nombre el Registrador Mercantil del domicilio social.

En cualquiera de los casos, el proceso de selección de Auditor o Técnico y determinación por éste del valor real no durará más de un mes, siendo la retribución del Auditor/Técnico satisfecha por el eventual vendedor de acciones– El plazo de tres (3) meses señalado más arriba para la materialización de la compraventa se computará, en este caso, desde que se determine, conforme antecede, el valor real».

Por su parte dispone el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil: «El nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil del domicilio social para la determinación del valor real de las acciones o participaciones en los casos establecidos por la Ley se efectuará a solicitud del interesado, de conformidad con lo previsto en los artículos 351 y siguientes».

En el supuesto de hecho la sociedad tiene establecido un sistema estatutario que prevé que la designación se realice por el registrador mercantil cuando se den las circunstancias previstas en su contenido. No hay contienda ni sobre el hecho de que la sociedad ha ejercido su derecho de adquisición preferente, ni que procede la aplicación de las previsiones estatutarias ni que, de proceder, el sistema de designación es el previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. Como queda explicado, el objeto de este expediente se limita a determinar si, de acuerdo con el contenido estatutario del sistema de fijación del valor real de la acciones, procede o no la designación de un experto por parte del registrador mercantil.

3. La respuesta sólo puede ser positiva. De la mera lectura de los estatutos resulta con absoluta claridad que a falta de acuerdo sobre el precio de la acción a enajenar, así como a falta de aceptación de valor fijado por el auditor de la sociedad, las partes deben escoger de común acuerdo un experto que determine el valor real y, a falta de este acuerdo, la designación corresponde al registrador mercantil.

De la documentación que forma parte del expediente resultan exactamente todas y cada una de las circunstancias que justifican que el registrador mercantil de Madrid, ante la solicitud del socio que pretende la enajenación, lleve a cabo la designación que se le demanda en aplicación estricta de las previsiones estatutarias.

Esta Dirección General ha recordado en numerosas ocasiones (por todas resolución de 23 de julio de 2014 en sede de recursos contra la calificación de los registradores), que como resulta del artículo 23 de la Ley de Sociedades de

Capital, los estatutos «que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital» contienen un conjunto de reglas que tienen un carácter normativo para la propia sociedad de modo que vincula a sus órganos, a los socios que la integran e incluso a terceros (*vid.* Resolución de 26 de noviembre de 2004). El texto legal, idéntico en su dicción a su antecedente el artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas y al antecedente de éste, el artículo 11 de la Ley de 1951, determina en definitiva que todo acto social debe acomodarse a las exigencias derivadas de las normas establecidas en los estatutos. El incumplimiento por la junta del mandato contenido en los estatutos deriva en la antijuridicidad de lo acordado y abre la vía impugnatoria (art. 204 de la Ley).

El carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en diversas ocasiones en clásicas decisiones de 1958 y 1961 confirmadas por otras posteriores (*vid.* Sentencia de 30 de enero de 2001). Este Centro Directivo por su parte ha tenido igualmente ocasión de poner de manifiesto el hecho de que los estatutos son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad. En este sentido se ha dicho que los estatutos son la «carta magna» o régimen constitucional y de funcionamiento de la sociedad (*vid.* Resolución de 16 de febrero de 2013), que afecta a la sociedad como corporación, y cuya finalidad es regular dicho funcionamiento interno, con preferencia sobre las normas legales no imperativas o dispositivas. En definitiva, constituyen, como ha afirmado en alguna ocasión el Tribunal Supremo, «la ley primordial del régimen» de las sociedades (*vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1961).

Por ello, como ha afirmado esta Dirección General en Resolución de 16 de febrero de 2013, sin desconocer su origen y carácter contractual, puede decirse que los estatutos, sin ser verdadero derecho objetivo, constituyen derecho interno de la corporación.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 5, don Francisco Javier Nava Osorio de fecha 15 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 5 de octubre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 6 de octubre de 2017

En el expediente 173/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inmobiliaria Gines Solano y Cia, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., en nombre y representación de doña ….., presentó escrito de fecha 20 marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 29 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 «Inmobiliaria Ginés Solano y Cia, S.L» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 10 de abril de 2017, alegando, en esencia, falta de legitimación de la Sra. ….. para solicitar el nombramiento de auditor *ex* artículo 265.2 LSC, dado que las participaciones sociales pertenecen proindiviso a los tres hermanos ….. por partes iguales, pero eso no implica en ningún caso que cada uno de los comuneros sea titular de un 33,33% del capital social como pretende la instante. Entendiendo que, tratándose de una comunidad de bienes ordinaria, y de acuerdo con los artículos 398 del Código Civil y 126 LSC, debería designarse una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, lo que no ha tenido lugar. En consecuencia, considera que la solicitante no ostenta la titularidad de al menos el 5% del capital social ni la representación de las participaciones que cotitula en proindiviso con sus hermanos, no habiendo intentado ni tan siquiera obtener acuerdo al respecto, por lo que carece de legitimación para que se proceda al nombramiento del auditor que constituye objeto de este expediente.

III

A la vista de las anteriores alegaciones, doña ….., en nombre y representación de doña ….. como solicitante, presentó escrito de fecha 8 de mayo de 2017 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Sevilla el día 11 del mismo mes, en el que manifestó que siendo el título de adquisición de sus participaciones el de liquidación de sociedad de gananciales y manifestación de herencia de 8 de noviembre de 1993, notario de Sevilla don Antonio Carrasco García, protocolo 4250, en el que se constata que las participaciones están en proindiviso, es conocido por los restantes socios de la compañía que en fecha 12 de enero de 2017 ante notario de Sevilla, don José María Florit de Carranza, protocolo 71, se acordó por unanimidad la extinción del proindiviso de las 400 participaciones sociales que constituyen el capital social de la compañía, resultando distribuidas las mismas de modo que a doña ….. se le adjudicaron las participaciones 268 a 400, lo que implica un 33,33% del capital social. Por ello, se opone a las alegaciones de la sociedad, puesto que al menos desde el citado 12 de enero de 2017 doña ….. es propietaria y representa el 33,33% de la

misma, cumpliendo con lo establecido en el artículo 265.2 de la Ley Sociedades de Capital, y solicita del registrador mercantil se proceda al nombramiento de auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

IV

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictó resolución de fecha 12 de junio de 2017 por la que acordó denegar el nombramiento de auditor, aceptando, en consecuencia, la oposición por parte de la sociedad a tal nombramiento, por considerar «únicamente acreditada su participación en el capital de la compañía de referencia en proindiviso, no acreditando ser la persona designada como representante de dichas participaciones, por lo que no se encuentra legitimada para solicitar la auditoría».

V

Don ….., en nombre y representación de doña ….. como solicitante, presentó escrito de fecha 11 de julio de 2017, que tuvo su entrada en el Registro General del Ministerio de Justicia el día 13 del mismo mes, por el que interpuso recurso de alzada contra dicha resolución ante esta Dirección General, reiterando los argumentos del escrito de solicitud inicial y los de oposición a las alegaciones a que se refiere el antecedente III, que se dan por reproducidos, y a los que añade los siguientes:

1. Que en distintas ocasiones doña ….. ha ejercitado derechos derivados de su condición de socio como el de información previo a las Juntas Generales, sin que ninguno de los socios cuestionara su condición de representante de la sociedad, y sin negarle en ningún momento dicha información requerida.
2. Que desde el año 2016 la sociedad ha venido funcionando en el tráfico mercantil, convocando consejos de administración y juntas generales, emitiendo votos, como si cada uno de los socios ostentara el 33,33% de las 400 participaciones sociales, de modo que se convocan y celebran las juntas entendiéndose que cada socio ostenta el 33,33% de las participaciones, admitiéndose de facto que dichas participaciones estuvieran divididas entre los socios y cada uno ostentara el 33,33%. Aporta el recurrente los documentos que estima oportunos a efectos probatorios de los anteriores extremos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 392 y siguientes del Código Civil, 126, 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 cuestión de fondo planteada no es otra, en definitiva, que la de determinar si quien solicita del registrador mercantil que lleve a cabo la designación de auditor reúne las condiciones exigidas por el artículo 265.2 de la

Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y, en particular, la condición relativa al porcentaje de participación en el capital social en concepto de socio. En este sentido, resulta indiscutido que el solicitante es cotitular de una comunidad en parte hereditaria y en parte romana cuyo objeto lo constituye la totalidad de las participaciones de la sociedad.

2. Tratándose de un supuesto de comunidad ordinaria, la designación del representante común *ex* artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital procederá de acuerdo con las normas previstas en la legislación civil. A la vista de lo que dice el artículo 398.1 del Código Civil, no existiendo regla pactada voluntariamente en contrario, será necesario el acuerdo de la mayoría de los partícipes. Se trata de una mayoría de cuotas o intereses, no de personas (argumento *ex* artículo 398.2 del Código Civil). Si no resultare mayoría o el acuerdo de ésta fuera gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el juez puede proveer a la designación de representante único frente a la sociedad *ex* artículo 398.3 del Código Civil, en relación con lo previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital. En cualquier caso, debe acreditarse la designación a los efectos de ejercitar los derechos inherentes al porcentaje de capital. La sociedad puede resistir el ejercicio del derecho de solicitud de nombramiento de auditor por un copropietario que no sea el representante único designado por todos los partícipes; así lo tiene declarado este Centro Directivo en Resoluciones de 19 y 20 de abril de 1994, 15 de septiembre de 2006, 8 de junio de 2007 y 13 de junio y 8 de noviembre de 2013.

3. Tratándose de comunidad hereditaria, es doctrina de esta Dirección General (siguiendo al Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de noviembre de 2004), que fallecido un socio y en tanto se lleve a cabo la partición, los herederos tienen derecho al conjunto de la herencia pero no sobre bienes concretos como puedan ser las participaciones sociales presentes en el caudal relicto; y es que la comunidad existente entre los herederos, en cuanto comunidad germánica, les hace partícipes de una cuota sobre la totalidad de los bienes hereditarios pero no sobre bienes concretos. De aquí que sea de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues sólo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad.

De conformidad con dicha doctrina este Centro ha afirmado que ante un supuesto de comunidad hereditaria en la que existen participaciones del causante se ha de exigir para ejercitar los derechos que la ley confiere al socio, o bien que concurran todos los interesados, o bien que todos ellos hubieran designado un representante para que ejercite los derechos de socio conforme lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital (resolución de 1 de agosto de 2014), circunstancia que debe ser debidamente acreditada (resolución de 7 de octubre de 2013).

Colofón de la anterior doctrina es que uno sólo de los partícipes de la comunidad no puede actuar sin que resulte su designación por el conjunto de herederos, pues como mero titular de un porcentaje sobre un grupo de bie-

nes entre los que existen participaciones sociales carece de legitimación para ejercitar el derecho a solicitar la verificación contable que corresponde al conjunto de ellos (resolución de 4 de junio de 2014).

4. Los argumentos de contrario no pueden enervar dicha conclusión. En primer lugar, porque la situación de hecho que el escrito de recurso describe, expuesta en el antecedente V (admitiéndose de facto que dichas participaciones estuvieran divididas entre los socios y cada uno ostentara el 33,33%), constituye una mera afirmación de parte, que la sociedad no ha aceptado, y que no enerva la aplicación de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que sólo reconoce legitimación a quien resulte ser socio.

5. Como tampoco es admisible la afirmación relacionada con la anterior de que desde el año 2016 la sociedad ha venido funcionando en el tráfico mercantil, convocando consejos de administración y juntas generales, emitiendo votos, como si cada uno de los socios ostentara el 33,33% de las 400 participaciones sociales, de modo que se convocan y celebran las juntas entendiéndose que cada socio ostenta el 33,33% de las participaciones, expuesta asimismo en el antecedente V.

En nuestro ordenamiento, el capital social de las sociedades de responsabilidad limitada se representa mediante participaciones sociales. Así lo determina el artículo 1.2 de la Ley de Sociedades de Capital: «2. En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales…». Por su parte el artículo 22 determina como mención obligatoria de los estatutos que ha de contener la escritura constitutiva lo siguiente: «Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada expresará el número de participaciones en que se divida el capital social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos». Por su parte el artículo 179, en materia de derecho de asistencia determina que: «Los estatutos no podrán exigir para la asistencia a la junta general la titularidad de un número mínimo de participaciones», y el artículo 188 en relación al derecho de voto lo vincula a la titularidad de las participaciones al establecer: «1. En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto…». Por último, el artículo 198 de la Ley, al regular las mayorías exigibles en Junta dispone: «En la sociedad de responsabilidad limitada los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social…» En términos similares el artículo 199 en materia de mayorías reforzadas: «Por excepción a lo dispuesto en artículo anterior: a) El aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales requerirán el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. b) La autorización a los administradores para que se dediquen, por cuenta propia o ajena, al mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social;

la supresión o la limitación del derecho de preferencia en los aumentos del capital; la transformación, la fusión, la escisión, la cesión global de activo y pasivo y el traslado del domicilio al extranjero, y la exclusión de socios requerirán el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social».

De la regulación legal resulta con absoluta claridad que el ejercicio de los derechos de los socios se vincula a la titularidad de las participaciones sociales y que cuando se exige un quórum determinado se hace en función del porcentaje que dichas participaciones representan del total de participaciones existentes. No hay duda que es la representación del capital social, las participaciones, y no el capital en sí mismo, el criterio que sigue nuestro ordenamiento para regular el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio.

6. Igualmente, en su caso, tampoco podría considerarse que la solicitud de designación de auditor voluntario es un mero acto de administración que podría ser llevado a cabo por cualquiera de los comuneros. Como resulta de la doctrina expuesta, la regulación legal exige que el ejercicio de los derechos del socio, respecto de las situaciones de comunidad sobre participaciones, se lleve a cabo por la persona designada, designación que, como igualmente queda expresado, ha de llevarse a cabo de conformidad con las normas que regulan la comunidad de bienes.

Dichas normas no varían en el supuesto de que el conjunto de participaciones de la sociedad pertenezca a una sola comunidad de bienes: en este supuesto se aplica la previsión legal contemplada en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital y las previsiones del Código Civil sobre el modo de ejercitar los derechos inherentes al objeto de la comunidad, de modo que en tanto no se lleve a cabo la disolución de la comunidad de bienes con atribución de bienes concretos a cada uno de los partícipes, regirán aquellas normas. Precisamente porque pueden existir desavenencias entre los comuneros se hace más necesario el cumplimiento de las normas que para su gobernanza prevé el ordenamiento. Es más, el propio recurrente reconoce en su escrito que «… en ningún momento desde la escritura de liquidación de sociedad de gananciales y manifestación de herencia de ocho de noviembre de 1993, ante Notario…, se ha nombrado ningún representante para ejercite los derechos de los socios».

En definitiva, dada la situación existente entre los comuneros puesta de manifiesto en el expediente y la indeterminación de los derechos que sobre las participaciones sociales provenientes de sus títulos adquisitivos corresponden a cada uno de ellos, hace imposible acoger la pretensión del solicitante en tanto no conste acreditado en el expediente su titularidad sobre un número concreto y además determinado de participaciones sociales.

Si la parte recurrente considera que la actuación y conducta 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.

Concluyendo, procede por tanto confirmar por sus propios fundamentos la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Sevilla, pues tratándose de una copropiedad sobre determinadas participaciones sociales que corresponden en un proindiviso ordinario a tres socios de la compañía, ninguno de ellos puede atribuirse el ejercicio de los derechos derivados de esas participaciones sociales, salvo que haya sido nombrado representante de la copropiedad, lo que no sólo no ha sido acreditado en el presente caso, sino que incluso se ha reconocido lo contrario en el propio escrito de recurso, como ha quedado señalado. Debe tenerse en cuenta la disposición del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital que, en coherencia con el principio de indivisibilidad de las acciones o participaciones sociales, exige que sea uno solo de los copropietarios el que represente a la copropiedad en sus relaciones externas con la sociedad, de modo que las deficiencias de funcionamiento en las relaciones internas o la imposibilidad de llegar a acuerdos sobre el ejercicio de derechos sociales deberán plantearse y resolverse en sede judicial (*cfr.* arts. en los arts. 392 a 406 del Código Civil).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictada con fecha 12 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 6 de octubre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 9 de octubre de 2017 (1)

En el expediente 157/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Foa Solutions, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 13 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 29 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 «Foa Solutions, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad tenía encargada la auditoría de cuentas del ejercicio 2016. 2.º Que acompañaba borrador del informe.

A la vista del escrito anterior, el registrador mercantil ofició a la sociedad en fecha 25 de abril de 2017 con la finalidad de que acreditase, para el caso de que no hubiese instado la inscripción del nombramiento de auditor, haber puesto el informe de verificación a disposición del socio solicitante o bien para que lo incorporase al expediente.

Mediante escrito de fecha 9 de mayo de 2017 que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el mismo día, la sociedad acompaña copia del informe de verificación afirmando que el mismo ha sido remitido al socio solicitante. Se adjunta informe de verificación emitido por la sociedad «Fides Asesores Financieros, S.L.U.» de fecha 24 de abril de 2017 referido a la sociedad y ejercicio. Adjuntan igualmente copia de la remisión realizada al socio solicitante.

Finalmente, el Registro Mercantil oficia a la sociedad para que acredite la designación de la sociedad de auditoría, aportando esta copia de la propuesta de encargo de fecha 13 de enero de 2017.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 10, don Jesús González Salinas dictó resolución en fecha 6 de junio de 2017 por la que acordó inadmitir la solicitud y desestimar la solicitud de nombramiento de auditor. De la resolución resulta que las cuentas anuales de la sociedad fueron aprobadas en junta general universal y por unanimidad en fecha 12 de mayo de 2017.

IV

Don ….., por escrito de fecha 29 de junio de 2017, 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, resumidamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que el burofax por el que se le entregaba copia del informe de auditoría se envió a una dirección equivocada por lo que no pudo recibirlo y no fue hasta el día 11 de mayo que efectivamente lo recibió, fecha posterior a la junta general que aprobó las cuentas. 2.º Que no es cierto que votase a favor del acuerdo de aprobación de las cuentas del ejercicio 2016 pues, aunque

asistió a la junta, se opuso expresamente. Que, en consecuencia, al estar basada la resolución en hechos inciertos se produce indefensión

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. 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 art. 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 sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 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».

A falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil.

2. En el expediente que da lugar a la presente, resulta que se acompaña por parte de la sociedad el informe de verificación de cuentas referido al ejercicio respecto del que ejerció su derecho el solicitante. 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 debi-

damente cumplimentado (art. 4 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procede en consecuencia la desestimación 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 (Fundamento de Derecho segundo *in fine*).

3. Frente a las circunstancias anteriores resulta irrelevante, a los efectos de este expediente, si la notificación que se hizo al socio solicitante fue errónea o no y si se hizo con anterioridad o posterioridad a la junta general que aprobó las cuentas. También resulta, a los efectos de la presente, irrelevante que el certificado del órgano de administración contenga la afirmación de que las cuentas fueron aprobadas por unanimidad.

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 y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

En consecuencia, ni puede discutirse en este ámbito la validez del acuerdo de aprobación de las cuentas ni la validez de la certificación en cuya virtud se llevó a cabo el depósito de las cuentas anuales. Si el interesado entiende que uno u otra están tachadas de nulidad, el ordenamiento jurídico pone a su alcance los instrumentos necesarios en defensa de su posición jurídica.

4. Tampoco es admisible la afirmación de que la deficiente notificación que pueda haber hecho la sociedad vicia este procedimiento produciendo indefensión del recurrente. Nuevamente, si el recurrente considera que en el ámbito de la junta general convocada y a la que asistió, se produjo una situación en contra de su derecho fundamental a la defensa, tiene abierta las vías correspondientes que señala el ordenamiento para protegerlo.

Lo trascendente a efectos del presente procedimiento es que, ante la solicitud de un socio minoritario, la sociedad ha acreditado la existencia de un informe de verificación contable en relación al ejercicio a que se refería la solicitud y que dicho expediente se puso a su disposición y además consta en el expediente.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 10, don Jesús González Salinas de fecha 6 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 9 de octubre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 9 de octubre de 2017 (2)

En el expediente 158/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Salone-Blue, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 23 de enero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 30 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 «Salone–Blue, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

El registrador mercantil de Madrid, a la vista de la instancia y de la documentación que la acompañaba, solicita aclaración mediante escrito de fecha 31 de enero de 2017 que es contestado mediante escrito de fecha 2 de febrero del mismo año, con entrada en el Registro Mercantil el día 6 inmediato posterior, en el que se aclara que el socio solicitante es la mercantil Melkart Consultoría y Gestión S.L. de quien Jorge Luis Largo Martínez es administrador único.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que no se le había dado traslado de este último escrito presentado por el solicitante, por lo que se solicita el oportuno traslado.

Tras diversas diligencias llevadas a cabo por el registrador mercantil en relación con el escrito de oposición, se reitera por la sociedad, en fecha 24 de febrero con entrada en el Registro Mercantil el día 28 de febrero de 2017, su solicitud de que se le dé traslado del documento de fecha 2 de febrero de 2017. Mediante escrito de fecha 6 de abril de 2017 el registrador mercantil remite la documentación solicitada.

Finalmente, la sociedad se opone a la pretensión del socio mediante escrito de fecha 27 de abril de 2017, con entrada el día siguiente en el Registro Mercantil, por el único motivo de que a dicha fecha han transcurrido los tres meses a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 19, don Manuel Álvarez Gómez dictó resolución en fecha 5 de mayo de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., actuando en representación de la sociedad, por escrito de fecha 4 de agosto de 2017, que tuvo entrada el día 8 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que aceptando el relato cronológico de los hechos que resultan de la resolución del registrador mercantil, resulta que la solicitud de 31 de enero de 2017 no cumplía los requisitos establecidos en el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil no subsanándose hasta el día 6 de febrero de 2017. Que en fecha 28 de febrero la sociedad puso de relieve que no se le había dado traslado del escrito de subsanación impidiendo el ejercicio del derecho de oposición. Que no es hasta el día 6 de abril de 2017 que se le hace el oportuno traslado, momento en el que ya había transcurrido el plazo de seis meses establecido en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil. 2.º Que las cuentas del ejercicio 2016 ya han sido formuladas y aprobadas dejando vacío de contenido la designación de auditor. 3.º Que el solicitante don ….. ha ocultado que es administrador mancomunado de la sociedad por lo que su solicitud constituye un fraude de ley por lo que se solicita la nulidad del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 pues ninguna de las alegaciones en el contenidas puede enervar el derecho individual que al socio reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En primer lugar, porque la afirmación de que la solicitud, que tuvo entrada en el Registro Mercantil el día 30 de enero de 2017, es extemporánea es insostenible. El artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital atribuye a los socios que ostenten al menos un cinco por ciento del capital social el derecho individual a solicitar del registrador mercantil la designación de un auditor que verifique las cuentas del ejercicio cerrado siempre que la solicitud se lleve a cabo antes de que transcurran tres meses desde el cierre.

Resulta del expediente que el cierre del ejercicio de la sociedad se produce el día 31 de diciembre de cada año. Así las cosas, la solicitud ha sido evidentemente presentada antes del transcurso del plazo máximo que coincide con el día 31 de marzo de este año.

Si, como consecuencia de una incongruencia advertida por el registrador se oficia al interesado y este responde con posterioridad al requerimiento efectuado, no por ello se modifica aquella circunstancia. Sencillamente se ha dado cumplimiento a la previsión del artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

No puede, en definitiva, ampararse la pretensión de la sociedad que pretende dar un alcance desmedido a lo que constituye un mero error de solicitud que no puede desvirtuar el hecho de que la sociedad, socia solicitante, se acoge al derecho que le reconoce el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital dentro del plazo legalmente establecido (*vide* resoluciones de 7 de septiembre de 2007 y 26 de junio de 2014, entre otras).

Si, además, la comunicación que el registrador mercantil lleva a cabo a la sociedad es errónea por no reunir todos los documentos a que se refiere la solicitud tal y como exige el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, provocando su reiteración, no por ello se altera el estado de cosas a que se refieren las consideraciones anteriores.

2. Tampoco puede acogerse el motivo de recurso que afirma que estando las cuentas ya aprobadas, la designación de auditor carece de sentido. Bien al contrario. El hecho de que el órgano de administración 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. De otro modo, quedaría en manos de la mayoría la eficacia de un derecho que la Ley reconoce al socio.

Como ha puesto de relieve la reciente resolución en materia de recursos contra calificación del registrador de 14 de septiembre de 2017, si las cuentas resultan aprobadas y el socio minoritario ejerce el derecho a que se designe auditor, resulta evidente que el acuerdo de aprobación no podrá resultar en el depósito de las cuentas sin el preceptivo informe del auditor. El artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital no deja lugar a dudas por lo que lo procedente será reiterar la convocatoria de la junta a fin de que decida si se aprueban o no las cuentas a la vista del informe emitido (*vid.* artículo 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

En definitiva, si el órgano de administración, consciente de que existe un procedimiento pendiente sobre la procedencia o no de designar auditor, ha decidido presentar las cuentas formuladas a la junta general sin esperar a su resultado, es responsable de las consecuencias que de tal hecho se deriven.

3. Por último el hecho de que el representante de la sociedad que ejerce el derecho social reconocido en el artículo 265.2 sea administrador mancomunado de la sociedad de la que se solicita designación de auditor tampoco puede impedir el reconocimiento. Del expediente resulta que el solicitante, la sociedad Melkart Consultoría y Gestión S.L. no ostenta cargo alguno en la sociedad solicitada, Salone–Blue, S.L., por lo que el hecho de que quien actúa en nombre de aquella sea a su vez administrador mancomunado de esta no enerva el derecho de aquella.

Aun así, esta Dirección quiere recordar que el hecho de que el socio instante ostente la cualidad de miembro del órgano de administración no perjudica per se su derecho a solicitar verificación de las cuentas anuales pues la facultad reconocida al socio minoritario en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no queda desvirtuada por dicha circunstancia. Ahondando en dicha afirmación, es doctrina de este Centro Directivo (resolución de 28 de febrero de 2013 por todas), que el derecho individual a solicitar el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales no procede cuando el instante ha gestionado en exclusiva o con carácter solidario la sociedad durante el ejercicio a auditar pues en estos supuestos habría podido contratar, como un acto más de gestión, los servicios de un auditor para dicha finalidad. En el presente expediente no concurre dicha circunstancia pues el instante, la sociedad, no ha formado parte del órgano de administración y si bien es cierto que su propio administrador si lo ha hecho, lo ha sido con carácter mancomunado por lo que ha carecido por si sólo de la facultad de llevar a cabo tal nombramiento al recaer la competencia de administración en el conjunto de dichos administradores (arts. 210 y 233.1.c de la Ley de Sociedades de Capital en relación a la resolución en materia de recursos contra la calificación de los administradores de fecha 28 de octubre de 2013).

Si, como afirma el escrito de recurso, dicha circunstancia constituye un fraude de Ley, no es cuestión que pueda constituir el objeto de este expediente. 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 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 19, don Manuel Álvarez Gómez de fecha 5 de mayo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 9 de octubre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 9 de octubre de 2017 (3)

En el expediente 165/2017 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Radio Televisión Madrid, S.A.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 1 de agosto de 2017 (con entrada en este Ministerio el día 22 inmediato posterior), el registrador mercantil de Madrid núm. 18, remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado un escrito de doña….., quien actúa en representación de la sociedad «Radio Televisión Madrid, S.A.», en su calidad de Directora General Corpora-

tiva por el que solicita al amparo del artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil el nombramiento como auditor de cuentas de la empresa Ernst & Young, a fin de llevar a cabo la realización del informe de verificación correspondiente al ejercicio 2016.

II

La solicitante considera de aplicación el precepto citado en base a las siguientes circunstancias:

1.º La Ley 8/2015, de 28 de diciembre de la Comunidad de Madrid establece que la Comunidad prestará el servicio público de comunicación audiovisual por medio de la sociedad que representa, sociedad que forma parte del sector público instrumental de conformidad con el artículo 40 de la propia Ley. Además, su disposición transitoria relativa a la transición entre el ente público Radio Televisión Madrid y «Radio Televisión Madrid, S.A.», prevé que esta última comenzará a ejercer su actividad de prestación del servicio al día siguiente a aquel en que se otorgue la escritura pública de cesión de activos.

2.º Que el día 20 de septiembre de 2016 se otorgó la escritura pública de constitución de «Radio Televisión Madrid, S.A.» en cuyo artículo 4.º de los estatutos consta que la sociedad dará comienzo a sus operaciones a partir del mismo día de constitución en escritura pública y se añade que de conformidad con la Ley 8/2015, comenzará a ejercer su actividad al día siguiente a aquel en que se otorgue la escritura pública de cesión de activos.

3.º Mediante acuerdo de 30 de diciembre de 2016 del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid se autoriza la fusión por absorción de «Radio Televisión Madrid, S.A.», como sociedad absorbente y «Televisión Autonomía Madrid, S.A.» y Radio Autonomía Madrid S.A. como sociedades absorbidas retrotrayéndose los efectos contables al día 1 de enero de 2016.

4.º Transmitidos por sucesión universal los activos correspondientes y adquiridos por compraventa en fecha 17 de marzo de 2017 los correspondientes al Ente Público Radio Televisión Madrid, se dio por finalizada la transmisión de activos a que se refería la disposición transitoria de la Ley 8/2015 de la Comunidad de Madrid.

5.º Una vez comenzada la actividad social se licitó el servicio de auditoría recayendo en la sociedad Ernst & Young de modo que la junta General de accionistas de la sociedad le designo como auditor para los ejercicios 2016, 2017 y 2018 de conformidad con la previsión del artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital.

6.º Firmado el contrato y formuladas las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, fueron aprobadas por la junta general en fecha 18 de julio de 2017, siendo rechazada la inscripción del nombramiento por el Registro Mercantil por haberse llevado a cabo fuera de plazo.

7.º Que de lo anterior resulta un supuesto excepcional de los previstos en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil por cuanto la sociedad se constituye por mandato normativo si bien se limita el momento de su efectiva prestación de actividad, estando además sujeta a la Ley de Sociedades de Capital y a la Ley de Contratos del Sector Público. Como consecuencia de la normativa contable la sociedad se ve obligada a retraer al 1 de enero de 2016 la fecha de efectos y por otro lado está obligada a designación de auditor si bien, de conformidad con la Ley 8/2015, todavía no había comenzado su actividad ni podía desempeñarla.

Dadas las anteriores circunstancias se solicita que se proceda de forma excepcional a la designación de auditor en la forma prevista en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en los artículos 41 y 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 los artículos 355 y 356 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, en uso de la atribución que le reconoce el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, ha tenido ocasión de elaborar una doctrina sobre los criterios de aplicación que deben presidir su correcta utilización.

Con carácter previo es preciso poner de manifiesto que el mecanismo establecido en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil para la designación de auditor no constituye una modalidad especial del procedimiento de designación de auditor, sino solamente de su nombramiento una vez dictada por el registrador competente la resolución por la que accede a la solicitud a el dirigida en virtud de lo establecido en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital. En consecuencia, lo procedente es, una vez practicado el correspondiente asiento de presentación, proceder a la oportuna apertura de expediente en el que hacer constar las distintas incidencias que se vayan produciendo (*vide* artículo 353 del Reglamento del Registro Mercantil), incluida la resolución que proceda. Sólo cuando la resolución estimatoria del registrador sobre la pertinencia del nombramiento se haya producido y haya adquirido firmeza, se procederá al nombramiento solicitado (art. 354.4 en relación al artículo 340 y al artículo 364 del Reglamento del Registro Mercantil) y, en su caso, a la elevación a esta Dirección General de la solicitud de excepción al sistema de nombramiento ordinario del artículo 355.

Ciertamente cuando la solicitud provenga de la misma sociedad obligada (art. 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital), la ausencia de trámite de audiencia facilita la decisión del registrador que debe limitarse a verificar si concurren los requisitos de tiempo, legitimación, competencia y forma (arts. 264 y 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital en relación al artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil), pero ello no exime ni de la obligación de abrir expediente ni de la de emitir resolución.

En el supuesto que provoca la presente, el registrador se limita a dar traslado a esta Dirección General de la solicitud de la sociedad sin que resulte que ha llevado a cabo la emisión de una resolución estimatoria de su pretensión, único supuesto en el que procedería la designación de un auditor conforme a las reglas generales del artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil o, en su caso, la elevación a esta Dirección de la solicitud de que se lleve a cabo la designación de conformidad con el artículo 356 del propio reglamento.

No obstante, esta Dirección considera que debe proceder a entrar a conocer directamente de la solicitud formulada en aras del mejor interés del administrado habida cuenta de que la ausencia de trámite de audiencia permite afirmar que es el de aquél, el único interés protegible objeto de este expediente.

2. De acuerdo con la doctrina de este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 11 de junio de 2015, 25 de enero, 29 de marzo, 1 y 26 de abril, 6 de junio, 17 y 26 de octubre de 2016 y 19, 23 y 25 de enero de 2017), 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 355 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. No obstante, es preciso tener 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, en un primer momento, que el Reglamento del Registro Mercantil sólo 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 llevadas a cabo por una firma de auditoría que tenga capacidad suficiente para hacer 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.

3. Resta por determinar si además de las circunstancias especiales de tipo económico, basadas en el tamaño de la sociedad a auditar, existen otras posibles que justifiquen la competencia de esta Dirección. La respuesta es positiva habida cuenta de la generalidad de los términos en que se pronuncia en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil si bien en este supuesto debe justificarse a satisfacción del registrador primero y de esta Dirección después, la concurrencia de justa causa que así lo justifique.

Y así ocurre en el supuesto que da lugar a la presente por cuanto de la instancia resultan un conjunto de circunstancias que, por un lado justifican que la sociedad constituida por mandato legal haya demorado la toma de decisión en relación a la designación de auditor para el ejercicio solicitado y por otro, que el sistema de designación por la propia sociedad (en el ámbito del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.), ha garantizado los principios que a dicha sociedad le son de aplicación (*vide* art. 3.1.d de la propia Ley), así como la salvaguarda de las exigencias de transparencia y acceso público (art. 53), e idoneidad del seleccionado (arts. 54, 57 y 60), así como su oportuna solvencia (art. 62 de la misma Ley de Contratos del Sector público).

4. Por último, es preciso recordar que la presente resolución se limita al nombramiento de auditor correspondiente al ejercicio 2016, único supuesto en el que asiste atribución de competencia conforme al artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital. El nombramiento para el actual ejercicio 2017 y otros venideros debe llevarse a cabo de acuerdo a las previsiones de competencia establecidas en la Ley (art. 264 de la Ley de Sociedades de Capital).

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 por cuanto el solicitante así lo ha justificado debidamente.

2.º Confirmar el nombramiento del auditor designado, Ernst & Young para la práctica de la auditoría de la sociedad correspondiente al ejercicio 2016.

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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 9 de octubre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 10 de octubre de 2017 (1)

En el expediente 149/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pop 2011, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 21 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 28 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 « Pop 2011, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad acordó en junta celebrada el día 21 de diciembre de 2016, el aumento de capital social por importe de 104.750 euros. 2.º Que dicho acuerdo fue elevado a público en escritura de fecha 29 de diciembre de 2016, pendiente de inscripción. 3.º Que consecuencia del acuerdo de aumento, el número de participaciones sociales asciende a la cantidad 3702 participaciones de donde resulta que el solicitante ostenta una participación en el capital social equivalente al 1,58% del mismo.

III

La anterior escritura de elevación a público de los acuerdos sociales a que se refiere el escrito de oposición consta presentada en el Registro Mercantil de Barcelona en fecha 17

de febrero de 2017, por lo que en el curso del expediente se acordó la suspensión del mismo hasta la caducidad del asiento o hasta el despacho definitivo de la misma.

Caducado el asiento de presentación al no haberse producido la subsanación de los defectos señalados, el registrador mercantil de Barcelona núm. 11, don Heliodoro Sánchez Rus dictó resolución en fecha 12 de junio de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., en representación de la sociedad, por escrito de fecha 11 de julio de 2017, que tuvo entrada el día 14 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: Que el Registro Mercantil no puede desconocer el aumento de capital social producido a consecuencia del acuerdo adoptado por la sociedad el día 21 de diciembre de 2016. Que dicho acuerdo es válido y no existe demanda de impugnación al mismo. Que no han transcurrido los seis meses a que se refiere el artículo 316 de la la Ley de Sociedades de Capital. Que el socio no puede ser considerado tercero a los efectos de la publicidad del Registro. Que con independencia de que se subsanen los defectos que impiden la inscripción de la escritura de aumento de capital social, el solicitante carece de legitimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 el supuesto que da lugar a la presente 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, puede ser tenido en cuenta a los efectos del cómputo del porcentaje de capital del socio peticionario habida cuenta de que no se ha procedido a su inscripción en el Registro Mercantil.

2. Esta Dirección ya se ha pronunciado anteriormente 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 ya en su beneficio (resolución de 8 de mayo de 2017), ya en su perjuicio (resolución de 16 de agosto de 2016 o 30 de mayo de 2017).

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. Esta regulación se adecúa a las reglas generales de eficacia del Registro Mercantil pues para que un hecho inscribible surta efectos frente a terceros, es preciso elevarlo a escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil (art. 21 del Código de Comercio). Sólo 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).

3. 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 el momento de su ejecución el acuerdo social despliega sus efectos y los socios pueden actuar en consecuencia. La suscripción y desembolso de acciones o participaciones atribuye la condición de socio (art. 91 de la Ley de Sociedades de Capital), y legitima para ejercitar los derechos inherentes a la misma (art. 93 del mismo texto legal), siempre de acuerdo a los requisitos que para su ejercicio exige el ordenamiento y sin perjuicio de las restricciones derivadas del hecho de la no inscripción (art. 34 de la propia Ley), o de la responsabilidad que de dicha circunstancia derive hacia los administradores (art. 54, 55 y 316 de la Ley). Los socios por tanto, desde ese momento, están legitimados frente a la sociedad para que esta les reconozca la condición de socio (art. 104 de la Ley), y el ejercicio de los derechos inherentes a esta condición: derecho al dividendo (art. 275), a la cuota de liquidación (art. 392), al de asunción o suscripción preferente (art. 304), al de asistir (art. 179), y votar (art. 188), en las juntas generales, así como el de obtener información (196 y 197 de la Ley), e impugnar los acuerdos sociales (art. 206), entre otros. 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 definitiva, 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 aquellos 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 sólo los meramente internos (*vid.* artículo 19 del Código de Comercio en relación a los artículos 81.2, 83 y 94.1. 2.ª del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta es la doctrina acorde con 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 otros).

4. En el presente caso resulta del expediente y de la documentación aportada, que la escritura de aumento de capital justificaría exclusión de la legitimación del socio requirente causando efectos desde la válida adopción de los acuerdos sociales. Procede, en consecuencia, la estimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Barcelona núm. 11, don Heliodoro Sánchez Rus de fecha 12 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 10 de octubre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 10 de octubre de 2017 (2)

En el expediente 161/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Condiex Inversiones S.L.»

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de Webadgrup S.L., presentó un escrito de fecha 8 de marzo de 2017, 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 «Condiex Inversiones S.L.», exactamente del 33%, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

II

La sociedad es notificada de manera infructuosa tanto en su domicilio social por escrito de 13 de marzo de 2017, como en el domicilio de los administradores solidarios de la misma y nuevamente en el domicilio social por escritos de 12 de abril. En último lugar se procede a la notificación mediante anuncio publicado en el BOE de fecha 26 de mayo de 2017, sin formular oposición alguna.

III

La registradora mercantil de Barcelona, D.ª Dolores Fernández Ibáñez dictó resolución en fecha 4 de julio de 2017 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., como administrador solidario de la sociedad, por escrito de fecha 31 de julio de 2017, que tuvo entrada el día 3 de agosto en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, indicando que la sociedad carece de actividad prácticamente y «toda la documentación se ha ofrecido al socio que pretende auditar las cuentas de la sociedad». Añade que tal solicitud «se está realizando contraviniendo las reglas generales de la buena fe», careciendo de «más fondos que los que están realizando los restantes socios de la entidad para atender los costes de mantenimiento de la entidad».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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: el conocimiento de la situación contable por parte del socio solicitante siendo una sociedad casi carente de actividad, y la situación de abuso de derecho que provoca la actuación del socio instante al perseguir menoscabar la ya precaria situación económica de la sociedad sin beneficio alguno para el mismo.

2. Respecto a la primera 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).

3. 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 concurrencia de causas distintas de las expresadas en la instancia de solicitud, o incluso la inexpresión de dicha causa 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.

4. Tampoco puede enervar el derecho individual la conclusión que se sigue por la sociedad de la circunstancia de que el solicitante conocía el contenido de la contabilidad social.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado 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 sería 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, 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras).

Como se desprende del presente expediente el socio solicitante no ha ostentado el cargo de administrador y por lo tanto debe reconocerse en el mismo la concurrencia del mencionado interés protegible.

4. En la misma línea, no es admisible la pretensión de la sociedad basada en que el socio que ha tenido conocimiento de la contabilidad social, al habérsele ofrecido por parte de la mercantil, por lo que debiera rechazarse su solicitud. No es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales (*vide* 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 (*vide* artículos 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. 4.1 de Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de cuentas).

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 4 de julio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 10 de octubre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Barcelona.

Resolución de 11 de octubre de 2017

En el expediente 167/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «El Enebro, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., actuando en representación de la sociedad británica Mezqual Limited, presentó un escrito de fecha 30 de enero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 1 de febrero de 2017, en el que solicitó, al amparo del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y como socio de la entidad «El Enebro, S.A.», el nombramiento de un experto para determinar el valor del usufructo recayente sobre determinadas acciones de la sociedad como consecuencia de su extinción por fallecimiento del titular.

Tras los oportunos trámites, recayó resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 2, don Manuel Casero Mejías por la que desestimo la designación solicitada. Dicha resolución no fue objeto de impugnación por lo que devino firme en el ámbito administrativo conforme a los dispuesto en el artículo 114 y 121 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ahora, el mismo solicitante y en el mismo concepto, mediante escrito de fecha 27 de junio de 2017, con entrada en el Registro Mercantil en la misma fecha, reitera su solicitud. Del escrito de solicitud resulta:

a) Que ha tenido conocimiento de la valoración que el experto designado por el contador partidor ha atribuido al usufructo.

b) Que dicho valor discrepa de la valoración que la sociedad a quien representa encargó a determinado experto independiente.

c) Que al no haber acuerdo entre las partes sobre el valor que corresponde al usufructo sobre las acciones se solicita la designación de experto independiente.

d) Que solicita expresamente que determinados expertos sean excluidos del nombramiento por la existencia de conflicto de intereses.

II

El día 13 de julio de 2017 tiene entrada en el Registro Mercantil de Madrid escrito de misma fecha del que es autor don ….. quien actúa como albacea contador partidor de la herencia de don ….. el escrito resulta, resumidamente:

a) Que en fecha 23 de junio de 2017 se ha autorizado la escritura de partición de herencia en cuyo activo se incluye el valor de liquidación del usufructo de las acciones de la sociedad «El Enebro, S.A.», acompañando copia de la escritura. Que de la misma resulta que el crédito frente a la sociedad Mezqual LTD, se ha adjudicado a cinco de los legitimarios del causante, así como a la heredera.

b) Que la actuación del contador partidor se enmarca en las operaciones particionales derivadas del fallecimiento del causante y no en las relaciones personales entre nudo propietarios y titulares del crédito de liquidación del usufructo, por lo que entiende que el expediente debe entenderse entre estas partes.

c) Que como consecuencia de las operaciones particionales el crédito se ha adjudicado a cinco de los legitimarios del causante y es preciso tener en cuenta que, además del instante, ostentan titularidad de acciones otros dos hijos del causante.

d) Que la valoración del crédito de extinción del usufructo ha sido llevada a cabo por un experto designado por el propio contador en virtud de las facultades legales que ostenta, como ha reconocido la doctrina de este Centro Directivo, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

e) Que la eficacia de la partición llevada a cabo por el contador partidor es similar a la efectuada por el propio testador por lo que, mientras no sea impugnada, desenvuelve los efectos legalmente previstos sin necesidad de requerir el consentimiento de herederos y llamados a la herencia. Que de aquí resulta que en el ámbito sucesorio no rige el artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital y sin perjuicio del derecho de aquellos que se sientan perjudicados a acudir a los Tribunales de Justicia.

f) Que finalizadas las operaciones particionales con el otorgamiento de la escritura pública, ya no existe comunidad hereditaria sin que el contador partidor sea parte en la relación crediticia entre nudo propietarios y titulares del derecho de liquidación del usufructo.

g) Que los socios de Mezqual Limited son a su vez titulares del mencionado derecho de liquidación del usufructo y lo que pretenden, como legitimarios del causante, es por vía indirecta dejar sin efecto las operaciones particionales atacando la valoración ya realizada por un técnico.

h) Que de todo lo anterior resulta la improcedencia de nombrar un experto independiente al no darse el presupuesto para la aplicación del artículo 128.3 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 3, don Jorge Salazar García dictó resolución en fecha 20 de julio de 2017 por la que acordó inadmitir la solicitud y rechazar el nombramiento del experto solicitado. El registrador fundamenta su decisión en que, llevada a cabo la valoración de la liquidación del usufructo en el ámbito de las operaciones particionales

llevadas a cabo por el contador partidor, los desacuerdos que de las mismas deriven han de ser resueltos ante los Tribunales de Justicia.

IV

Don ….., en el concepto en el que actúa, por escrito de fecha 28 de agosto de 2017, 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, resumidamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que la norma del artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital no recoge excepción alguna a su aplicación, tampoco cuando el crédito de liquidación se integra en una herencia. 2.º Que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre las funciones del contador partidor permiten concluir que es preciso pasar por la partición realizada siempre que no haya existido extralimitación de sus funciones. Que la determinación unilateral del valor de liquidación es una clara extralimitación de las funciones del contador. Que de admitirse el argumento de la resolución impugnada quedaría sin efecto la previsión legal para otros supuestos como el del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital para el caso de fallecimiento del socio separado o excluido. 3.º Que la actuación del Registro Mercantil vulnera la transparencia y la seguridad del tráfico jurídico al convertir una norma imperativa en meramente dispositiva. 4.º Que la sociedad Mezqual Ltd no es parte en la herencia ni está vinculada por el cuaderno particional, sino que ostenta la cualidad de tercero careciendo de acción y legitimación para ejercer acciones de impugnación del cuaderno particional, por lo que la atribución del valor de liquidación del usufructo no le puede ser impuesta dejándole en situación de desamparo e indefensión al privarle del remedio legalmente establecido en el artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 7, 13, 34, 48, 53, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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. Fallecido el titular del usufructo sobre determinadas acciones y llevadas a cabo las operaciones de partición por el albacea contador partidor designado en testamento, se valora la liquidación de usufructo en determinada cantidad y se adjudica el crédito derivado de dicha liquidación a cinco de los siete legitimarios del causante, así como a la única heredera como parte de su hijuela. Son nudo propietarios, hoy titulares del pleno dominio de las acciones usufructuadas, tanto la sociedad solicitante como dos de los siete hijos del causante.

Instada al registrador mercantil por la sociedad titular de acciones, hoy en pleno dominio, la designación de un experto al efecto de lo previsto en el

artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, su solicitud es objeto de rechazo por los motivos que resultan de los hechos.

Para la debida comprensión de este expediente es preciso extenderse, siquiera brevemente, con las consecuencias derivadas de la extinción del usufructo de acciones o participaciones sociales y su imbricación en el fenómeno sucesorio de acuerdo con las normas de nuestro ordenamiento jurídico.

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».

Como ha puesto de relieve la reciente resolución de 26 de noviembre de 2016, 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. 273.2 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 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital: «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.»

3. Cuando la causa de la extinción del usufructo es el fallecimiento del usufructuario (art. 513.1.º del Código Civil), el crédito de liquidación del usufructo se integra, como un activo más (art. 659 del Código Civil), en la masa hereditaria ya esté debidamente determinado ya esté pendiente de su determinación. Mientras no se lleve a cabo la partición la titularidad del crédito pertenece al conjunto de la comunidad hereditaria a quien corresponde determinar su valor junto a la persona del titular de las acciones o participaciones sociales. Si existe discrepancia sobre la valoración que corresponde al crédito de liquidación tanto la comunidad hereditaria como el propietario de las acciones o participaciones en su día gravadas están legitimados para el ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital.

Si las operaciones particionales se han llevado a cabo y el crédito de liquidación del usufructo se ha atribuido a una o varias personas, corresponde a estas su ejercicio frente al propietario o propietarios de las acciones o participaciones sobre las que recaía el usufructo. Si como consecuencia de las operaciones particionales, hayan sido llevadas a cabo por el propio testador, por un contador partidor o por los propios herederos (arts. 1056, 1057 y 1058 del Código Civil), se ha atribuido un valor al crédito de liquidación del usufructo, es evidente que el mismo no vincula a quien no ha sido parte en el negocio jurídico ni está sujeto a sus pronunciamientos (art. 1068 del Código Civil).

Así ocurre en el expediente que da lugar a la presente, en el que se pretende que el titular de acciones gravadas con el usufructo extinguido pase por la valoración llevada a cabo en el ámbito de unas operaciones particionales en las que no ha intervenido. Sin perjuicio de las facultades que al contador partidor reconoce el ordenamiento, así como la doctrina de esta Dirección en relación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y al carácter vinculante que la valoración llevada a cabo tenga para los afectados por la partición (en el expediente, legitimarios adjudicatarios del crédito y heredera), lo que resulta patente es que no puede oponerse contra quien no está afectado por ostentar la condición de tercero. Como resulta indubitadamente de la previsión del artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, el propietario de las acciones o participaciones está legitimado para oponerse a la valoración que lleve a cabo el usufructuario al fin del usufructo o sus causahabientes, solicitando la designación de un experto independiente que lleve a cabo la valoración prevista en dicho artículo. Es forzoso en consecuencia aceptar el motivo de recurso pues de lo contrario se estaría vulnerando gravemente el derecho de tutela judicial efectiva reconocido en nuestra Constitución y su consecuencia procedimental

de que no pueden oponerse las consecuencias de un acto a quien no ha tenido la oportunidad de hacer valer en él, su posición jurídica (art. 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Procedería en consecuencia estimar el recurso en los términos que resultan de las consideraciones anteriores (y sin llevar a cabo pronunciamiento alguno sobre la solicitud de que no se lleve a cabo la designación de expertos concretos por concurrir causa de incompatibilidad, circunstancia que debe hacerse valer en el momento procedimental oportuno, *vide* artículos 340 y 341 del Reglamento del Registro Mercantil). Ocurre sin embargo que concurre una circunstancia en el presente expediente que esta Dirección no puede soslayar so pena de nulidad de la presente resolución.

4. Como resulta de los hechos largamente expuestos, el expediente se ha llevado a cabo de una parte por la sociedad instante, como titular del derecho de propiedad sobre las acciones que ostenta y, por otra, con el contador partidor de la herencia del que fuera titular del usufructo extinguido. De los hechos resulta igualmente que a la fecha en que se inicia este procedimiento, día 27 de junio de 2017, ya había tenido lugar el otorgamiento por parte del contador partidor, de la escritura de partición, al haber tenido lugar ante el notario de Madrid don Pablo Ramallo Taboada el día 23 de junio de 2017.

En consecuencia y sin necesidad de entrar en la polémica sobre la naturaleza jurídica de la partición, lo cierto es que el acto particional es un acto con efecto extintivo de la situación jurídica anterior, es decir la de la comunidad, y al mismo tiempo tiene un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes por medio del cual estos pasan a ser titulares exclusivos de los bienes adjudicados (art. 1068 del Código Civil y sentencias del Tribunal Supremo de fechas 12 de abril de 2007 y 25 de febrero de 2011, así como las resoluciones de esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 28 de marzo de 2005 y 25 de julio de 2012).

Como consecuencia de la partición efectuada el crédito derivado de la extinción del usufructo ha sido adjudicado a seis de los hijos del causante, a cinco como legitimarios y a una de ellos como heredera y como parte de la hijuela que le corresponde. Sin embargo, no resulta del expediente que ninguno de los titulares del crédito de liquidación haya sido llamado al mismo sin que la intervención, en este momento procedimental, del que fue llamado como contador partidor pueda suplirla. El hecho de que la solicitud de fecha 27 de junio de 2017 identifique como contraparte a la comunidad hereditaria no puede alterar el hecho de que habiendo sido otorgada la escritura de partición con anterioridad, y existiendo desde entonces titulares del derecho de liquidación, es con estos con los que debe entenderse el procedimiento so pena de incurrir en causa de nulidad (art. 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

De acuerdo a las consideraciones anteriores esta Dirección General resuelve:

1.º Se deja sin efecto la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 3, don Jorge Salazar García de fecha 20 de julio de 2017.

2.º Se retrotrae el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento inmediatamente posterior a la presentación de la solicitud de fecha 27 de junio de 2017 a fin de que el registrador, al amparo de la previsión del artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, oficie al presentante de la solicitud para que señale ante qué interesados ejerce el derecho a que se refiere el artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, a fin de que el registrador pueda darles traslado del expediente.

3.º Devolver el expediente al registrador mercantil a fin de que se lleven a cabo las anteriores diligencias, instruya el expediente y dicte la resolución que proceda de acuerdo a su contenido.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 3, don Jorge Salazar García de fecha 20 de julio de 2017 en los términos que resultan.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 11 de octubre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 23 de octubre de 2017 (1)

En el expediente 166/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de socios de «Suministro de Electrodomésticos, S.A.»

HECHOS

I

Don ….., actuando en su propio nombre y en representación de doña ….., de don ….. y de don …..; don ….., actuando en nombre propio y en representación de don ….. y don …..,

presentaron un escrito de fecha 12 de julio de 2017, dirigido al Registro Mercantil de alicante, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitaron, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de «Suministro De Electrodomésticos, S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor real de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud resulta:

a) Que el ejercicio del derecho de separación se produjo como consecuencia de la junta general celebrada el día 7 de junio de 2017 en cuyo orden del día y como punto primero se encontraba la aplicación de resultado del ejercicio 2016 finalizado el día 31 de diciembre y que dio lugar al acuerdo de no distribuir dividendo alguno pese a existir beneficios distribuibles.

b) Que del acta notarial de la junta resulta el voto de los instantes a favor de la distribución de beneficio.

c) Que dentro del plazo legal notificaron a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación de conformidad con el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

d) Que se cumplen el conjunto de requisitos establecidos en el citado precepto para el ejercicio de su derecho.

e) Que no existe acuerdo con la sociedad sobre el valor razonable de las acciones.

Acompañan la documentación de respaldo que resulta del expediente.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que es incierto que exista discrepancia sobre el valor de las acciones; lo que existe es una discrepancia sobre la procedencia del ejercicio del derecho de separación que debe ser resuelta con carácter previo. 2.º Que existe mala fe y abuso de derecho.

III

La registradora mercantil de Alicante núm. 4, doña María del Pilar Planas Roca dictó resolución en fecha 2 de agosto de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don ….., como representante de la sociedad, por escrito de fecha 22 de agosto de 2017, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, sucintamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que la actuación del registrador mercantil debe producirse cuando concurra discrepancia sobre el valor real de las acciones pero no cuando existe una discrepancia previa como es la concurrencia de los requisitos para el ejercicio del derecho de separación con cita de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017. 2.º Que existe mala fe y abuso de derecho. 3.º Que los solicitantes pretenden que la sociedad compre su cartera y lo que pretenden, abusando de la Ley, es conseguir su objetivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; artículos 346, 348, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero y 14 de mayo de 2015, así como las resoluciones de 20 de septiembre de 2017 en materia de ejercicio de derecho de separación en el supuesto del artículo 384 bis.

1. Constituye el objeto de la presente dilucidar si procede o no el nombramiento de experto independiente solicitado por los instantes habida cuenta de que el representante de la sociedad alega que existe una discrepancia sobre si existe o no el derecho de separación de los socios que así lo solicitan.

2. Es doctrina de esta Dirección General (*vide* resoluciones de 2 de noviembre de 2010, de 7 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2015), que la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social (*vid.* apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las causas legales de separación de los socios, sino que se permiten otras estatutarias (*cfr.* artículos 346 y 347 de la Ley Sociedades de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones» (sentencia del Tribunal Supremo 63/2011, de 28 de febrero).

La amplitud con la que el legislador ha regulado el derecho de separación se ha extendido, en parte, al régimen jurídico de las sociedades anónimas como resulta de la simple comparación entre el régimen de la derogada Ley (*vide* artículos 147, 149 227 y 320 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de

22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, con el vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital). El fundamento en este caso, es la protección de la minoría que aún en sociedades abiertas, como son las sociedades anónimas, precisan de la tutela del ordenamiento cuando las modificaciones impuestas por la mayoría puedan afectar al núcleo de sus derechos individuales.

Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

3. La doctrina expuesta de este Centro Directivo es plenamente respetuosa con la expresada por nuestro Tribunal Supremo que, en su sentencia 32/2006 de 23 enero (seguida por las que luego se citarán), estableció su posición al respecto afirmando que: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. b) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. c) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legalmente previsto mediante e implica una declaración recipticia que debe hacerse llegar a la sociedad. d) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. e) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

4. Junto a los supuestos legales o estatutarios, que podrían denominarse tradicionales en nuestro ordenamiento, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11–7–2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto, que se transcribe más abajo, entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo). Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un *iter* legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017.

Dice así el artículo 348 bis: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera

votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas».

Como pone de relieve la sentencia 84/2014, de 21 de marzo de la Audiencia Provincial de La Coruña (sección 4.ª): «Su fundamento radica en que la Ley atribuye a la Junta General de Accionistas la facultad de decidir sobre la aplicación del resultado, si procede el reparto de dividendos, en el caso de que existan beneficios repartibles, que es el derecho en abstracto de los accionistas a participar, por lo que la denegación sistemática y reiterada a lo largo de los años por la mayoría del capital social en Junta puede generar conflictos entre los socios minoritarios, que precisamente el derecho a dividendo es lo que les llevó a participar en la sociedad, concediendo a éstos de tal forma la ley un derecho de separación, cumpliendo determinados requisitos».

La resolución transcrita se hace eco de la afirmaciones contenidas en la sentencia 873/2011 de 7 diciembre de nuestro Tribunal Supremo cuando afirma: «Tratándose en concreto de acuerdos referidos a la aplicación del resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios –a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg–, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo (RJ 2005, 5761), que «[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría»… En este sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 788/1996, de 10 de octubre (RJ 1996, 7063) –el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta–, 215/1997, de 19 de marzo –[s]iendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas»–, y 60/2002, de 30 de enero, «[e]l accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago».

De este modo, la norma viene a objetivar lo que no venía siendo reconocido más que como principio del derecho de sociedades, proporcionando una potente herramienta jurídica a los socios minoritarios en defensa de sus intereses cuando el fin de lucro inherente a las sociedades de capital no se traduce en una adecuada participación de los socios en los beneficios obtenidos.

La regulación delimita adecuadamente los límites en que el derecho debe ser ejercitado (*vide* sentencia 22/2013, de 23 de enero de la Audiencia Provincial de Valencia –sección 9.ª–, sentencia 278/2013, de 18 de noviembre de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa –sección 2.ª–, sentencia 322/2015, de 2 de diciembre de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –sección 4.ª–, y sentencia 97/2015, de 31 de marzo del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián), límites que deben ser contemplados con especial rigor ya que no se escapa a esta Dirección que la facultad atribuida al socio minoritario puede dar a situaciones no deseadas por el legislador y que pueden revestir muy distinta índole.

5. En el supuesto que da lugar a la presente, los instantes han acreditado la concurrencia de los requisitos que para el ejercicio del derecho de separación exige el ordenamiento: La sociedad no tiene el carácter de cotizada. Han transcurridos cinco ejercicios desde su inscripción en el Registro Mercantil. Resulta la existencia de beneficios repartibles. Los solicitantes han votado a favor del reparto de dividendos pese a lo que la junta ha decidido no hacerlo y han ejercitado su derecho en el plazo de un mes desde la celebración de la junta.

Los argumentos que de contrario opone la sociedad no pueden enervar el derecho reconocido a los socios.

En primer lugar, porque la apelación que hace el escrito de recurso a que existe una discrepancia sobre la existencia o no de derecho de separación constituye una mera afirmación de parte que no desvirtúa el hecho de que los solicitantes han acreditado en el expediente la concurrencia de los requisitos para su nacimiento y ejercicio. La sociedad recurrente se limita a afirmar que existe una discrepancia, pero ni dice cuál es el objeto exacto de la misma ni cuál es el motivo o razón que impide a los solicitantes ejercitar su derecho de separación.

Frente a la solicitud de los socios que ejercen su derecho acreditando documentalmente la concurrencia de los requisitos precisos, la sociedad no solamente no opone circunstancia alguna de la que resulte que no corresponde su ejercicio, sino que ni siquiera contradice en modo alguno los hechos que dan lugar al nacimiento del derecho de separación.

3. Los expedientes registrales desarrollados en Título III del Reglamento del Registro Mercantil destinado a regular «otras funciones del Registro», se caracterizan porque en ellos los registradores ejercen 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 aquellos existe un foro de contraposición

de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (resoluciones de 15 de julio de 2005, 7 y 9 de marzo, 25 de abril, 15 de junio y 7 de noviembre de 2016 y 25 de septiembre de 2017). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado 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 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 solicitada 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.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 353 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos la Ley atribuye competencia al registrador para dictar una resolución en la que, estimando la solicitud hecha por quien corresponda y apreciando la concurrencia de los requisitos legales, designar a un experto independiente o adoptar otras medidas sin perjuicio del eventual recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Precisamente porque el registrador tiene competencia para apreciar la concurrencia de los requisitos

legales, esta Dirección General ha reiterado que no procede la estimación de la solicitud cuando del expediente no resulte aquella, aun cuando no hubiera existido oposición de la contraparte (*vide* por todas, resolución de 26 de septiembre de 2014).

4. Esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017. Al respecto es preciso poner de manifiesto que ni resulta del expediente su firmeza ni, en cualquier caso, constituye doctrina legal.

Pero es que aunque así no fuera esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones (resoluciones 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), en materia de recursos contra la designación de auditores en aplicación de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que procede la suspensión del procedimiento cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría, se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas o bien de un porcentaje sobre un conjunto de ellas. El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida este siendo ejercitada por los Tribunales impide que esta Dirección se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto.

Lo que ocurre en el supuesto que da lugar a la presente es que nada de esto resulta del expediente, en el que sólo consta la afirmación de parte de que existe discrepancia sobre la existencia del derecho de separación, pero sin que se haya puesto de manifiesto en modo alguno que la cuestión está siendo conocida por los Tribunales de Justicia ni proporcionando al registrador los motivos o causas en que funda su oposición. Entenderlo de otro modo dejaría en manos de la sociedad, por el mero hecho de manifestar la existencia de una discrepancia, el ejercicio de un derecho que la Ley reconoce al socio minoritario y cuyos fundamentos han sido acreditados en el expediente.

6. Por lo demás, la afirmación del escrito de recurso de que los solicitantes actúan de mala fe y en abuso de derecho no puede tampoco desvirtuar las consecuencias de la concurrencia de los requisitos establecidos en los artículos 384 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Al respecto es doctrina muy consolidada de esta Dirección, en sede de auditores, 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 Direc-

ción 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 de los solicitantes como pretende la sociedad recurrente. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de un experto. 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 resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Alicante núm. 4, doña María del Pilar Planas Roca fecha 2 de agosto de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 23 de octubre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 23 de octubre de 2017 (2)

En el expediente 178/2017 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Construcciones e Infraestructuras Educativas de la Generalitat Valenciana, S.A.».

Por escrito de fecha 17 de octubre de 2017 (con entrada en este Ministerio el mismo día), el registrador mercantil de Valencia núm. 4, don Juan Carlos Ramón Chornet, remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado un escrito de don ….., quien actúa en representación de la sociedad Construcciones e Infraestructuras Educativas de la Generalitat Valenciana, S.A., por el que solicita al amparo del artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil el nombramiento como auditor de cuentas de la empresa Tam Auditores Associats S.L.P., a fin de llevar a cabo la realización del informe de verificación correspondiente al ejercicio 2016.

El solicitante considera de aplicación el precepto citado en base a las siguientes circunstancias:

Primero.–Que la sociedad «Construcciones e Infraestructuras Educativas de la Generalitat Valenciana, S.A.» es de capital íntegramente público, perteneciendo al sector público instrumental de la Generalitat Valenciana de conformidad con sus estatutos y con lo dispuesto en el artículo 3.2b) de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones. Como tal, está incluida en el Plan Anual de Auditorías del Sector Público, sin perjuicio de las actuaciones correspondientes a la función interventora y de las normas sobre auditoría de cuentas 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.

Segundo.–Que la contratación de auditorías externas corresponde a la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico, quien debe someterse a los procedimientos contemplados en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. La contratación de auditor para la sociedad «Construcciones e Infraestructuras Educativas de la Generalitat Valenciana, S.A.», formó parte de un contrato cuya licitación se anunció en los boletines oficiales de la Unión Europea, Generalitat valenciana y del Estado, a lo largo de agosto de 2016, llevándose a cabo los trámites correspondientes, y formalizándose la adjudicación en fecha 8 de marzo de 2017.

Tercero.–Que el Consell de la Generalitat, constituido como junta universal de accionistas, el día 30 de junio de 2017 acordó en fecha 30 de junio de 2017 el nombramiento de la sociedad Tam Auditores Associats S.L.P. para los ejercicios 2016, 2017 y 2018.

Cuarto.–Que presentado el acuerdo de designación en el Registro Mercantil de Valencia, fue denegada su inscripción interponiéndose recurso que dio lugar a la resolución desestimatoria de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 21 de septiembre de 2017.

Quinto.–Que de conformidad con el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil concurren circunstancias excepcionales, como son: los perjuicios que se causarían a la Administración pública, que concreta, así como el hecho de que el contrato de auditoría consta firmado y es irrevocable. Se acompaña documentación de respaldo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en los artículos 41 y 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 los artículos 355 y 356 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, en uso de la atribución que le reconoce el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, ha tenido ocasión de elaborar una doctrina sobre los criterios de aplicación que deben presidir su correcta utilización.

Con carácter previo es preciso poner de manifiesto que el mecanismo establecido en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil para la designación de auditor no constituye una modalidad especial del procedimiento de designación de auditor, sino solamente del nombramiento una vez dictada por el registrador competente la resolución por la que accede a la solicitud a el dirigida en virtud de lo establecido en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital. En consecuencia, lo procedente es, una vez practicado el correspondiente asiento de presentación, proceder a la oportuna apertura de expediente en el que hacer constar las distintas incidencias que se vayan produciendo (*vide* artículo 353 del Reglamento del Registro Mercantil), incluida la resolución que proceda. Sólo cuando la resolución del registrador sobre la pertinencia del nombramiento se haya producido y haya adquirido firmeza, se procederá al nombramiento solicitado (art. 354.4 en relación al artículo 340 y al artículo 364 del Reglamento del Registro Mercantil) y, en su caso, a la elevación a esta Dirección General de la solicitud de excepción al sistema de nombramiento ordinario del artículo 355.

Ciertamente cuando la solicitud provenga de la misma sociedad obligada (art. 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital), la ausencia de trámite de audiencia facilita la decisión del registrador que debe limitarse a verificar si concurren los requisitos de tiempo, legitimación, competencia y forma (arts. 264 y 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital en relación al artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil), pero ello no exime ni de la obligación de abrir expediente ni de la de emitir resolución.

En el supuesto que provoca la presente, el registrador se limita a dar traslado a esta Dirección General de la solicitud de la sociedad sin que resulte que ha llevado a cabo la emisión de una resolución estimatoria de su pretensión, único supuesto en el que procedería la designación de un auditor conforme a las reglas generales del artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil o, en su caso, la elevación a esta Dirección de la solicitud de que se lleve a cabo la designación de conformidad con el artículo 356 del propio reglamento.

No obstante, esta Dirección considera que debe proceder a entrar a conocer directamente de la solicitud formulada en aras del mejor interés del administrado habida cuenta de que la ausencia de trámite de audiencia permite afirmar que es el de aquél, el único interés protegible objeto de este expediente.

2. De acuerdo con la doctrina de este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 11 de junio de 2015, 25 de enero, 29 de marzo, 1 y 26 de abril, 6 de junio, 17 y 26 de octubre de 2016 y 19, 23 y 25 de enero de 2017), 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 355 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. No obstante, es preciso tener 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, en un primer momento, que el Reglamento del Registro Mercantil sólo 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 llevadas a cabo por una firma de auditoría que tenga capacidad suficiente para hacer 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.

3. Resta por determinar si además de las circunstancias especiales de tipo económico, basadas en el tamaño de la sociedad a auditar, existen otras

posibles que justifiquen la competencia de esta Dirección. La respuesta es positiva habida cuenta de la generalidad de los términos en que se pronuncia en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil si bien en este supuesto debe justificarse a satisfacción del registrador primero y de esta Dirección después, la concurrencia de justa causa que así lo justifique.

Y así ocurre en el supuesto que da lugar a la presente por cuanto de la instancia resultan un conjunto de circunstancias que, por un lado justifican que la sociedad constituida haya demorado la toma de decisión en relación a la designación de auditor para el ejercicio solicitado y por otro, que el sistema de designación por la propia sociedad (en el ámbito del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.), ha garantizado los principios que a dicha sociedad le son de aplicación (*vide* artículo 3.1.d de la propia Ley), así como la salvaguarda de las exigencias de transparencia y acceso público (art. 53), e idoneidad del seleccionado (arts. 54, 57 y 60), así como su oportuna solvencia (art. 62 de la misma Ley de Contratos del Sector público).

4. Por último, es preciso recordar que la presente resolución se limita al nombramiento de auditor correspondiente al ejercicio 2016, único supuesto en el que asiste atribución de competencia conforme al artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital. El nombramiento para el actual ejercicio 2017 y otros venideros debe llevarse a cabo de acuerdo a las previsiones de competencia establecidas en la Ley (art. 264 de la Ley de Sociedades de Capital).

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 por cuanto el solicitante así lo ha justificado debidamente.

2.º Confirmar el nombramiento del auditor designado, la compañía Tam Auditores Associats S.L.P para la práctica de la auditoría de la sociedad solicitante correspondiente al ejercicio 2016.

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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 23 de octubre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 26 de octubre de 2017 (1)

En el expediente 162/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Espronceda 34, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 29 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, 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 «Espronceda 34, S.L », el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016. Con fecha 5 de abril de 2017, se requirió al socio para que aportase los documentos acreditativos de su legitimación, al no resultar de la documentación presentada ni de los archivos del Registro el porcentaje mínimo para poder solicitar el nombramiento de auditor. Posteriormente, con fecha 27 de abril de 2017, se presenta escrito firmado por don ….., reiterando la solicitud presentada, manifestando que a la fecha se encuentra pendiente la participación y adjudicación de la herencia de su finado padre y que no se ha designado un representante para la comunidad hereditaria.

II

Con fecha 3 de mayo de 2017 la sociedad fue notificada por carta certificada con acuse de recibo y dirigida al domicilio social que consta inscrito en el Registro la cual fue devuelta al Registro, con la anotación «Desconocido». Intentada por segunda vez la notificación por el mismo medio, es devuelta nuevamente a este Registro. Y, finalmente, se notifica a través del «Boletín Oficial del Estado» de 13 de junio de 2017, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 y 44 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, haciéndose constar expresamente que se encontraba en el Registro, a su disposición, la solicitud y el resto del expediente, así como el derecho de la sociedad a oponerse al nombramiento solicitado en el plazo de cinco días, conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La registradora mercantil de Madrid, doña Isabel Adoración Antoniano González, dictó resolución de fecha 18 de julio de 2017 por la que acordó desestimar la solicitud de nombramiento del auditor solicitado alegando la falta de legitimación del solicitante dado que de la documentación aportada y de los archivos del Registro resulta ser titular de 10 participaciones de clase A y 7392 de la clase B, lo que representan un 1,99% del capital social, el resto del porcentaje le corresponde por la herencia de su padre, herencia que se encuentra pendiente de repartir y adjudicar, por lo que don ….., resulta ser titular en proindiviso de las 1960 participaciones de la clase A y 24669 de la clase B de la sociedad «Espronceda 34, S.L.». Tratándose de un proindiviso, todos los cotitulares tienen el dominio de las

citadas participaciones, sin que pueda admitirse la propiedad de un determinado número de participaciones a cada uno de herederos mientras no se disuelva dicho proindiviso.

IV

Don ….., por escrito de fecha 31 de julio de 2017, que tuvo su entrada el 9 de agosto del mismo año en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando en base a su condición de heredero y jurisprudencia aportada su plena legitimación para la solicitud de nombramiento de auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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.

Ciertamente es doctrina de esta Dirección General (siguiendo al Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de noviembre de 2004), que fallecido un socio y en tanto se lleve a cabo la partición, los coherederos tienen derecho al conjunto de la herencia, pero no sobre bienes concretos como puedan ser las participaciones sociales presentes en el caudal relicto; y es que la comunidad existente entre los coherederos, en cuanto comunidad germánica, les hace partícipes de una cuota sobre la totalidad de los bienes hereditarios, pero no sobre bienes concretos. De aquí que sea de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues sólo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad.

De conformidad con dicha doctrina este Centro ha afirmado que ante un supuesto de comunidad hereditaria en la que existen participaciones del causante se ha de exigir para ejercitar los derechos que la ley confiere al socio, o bien que concurran todos los interesados, o bien que todos ellos hubieran designado un representante para que ejercite los derechos de socio conforme lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital (resolución de 1 de agosto de 2014), circunstancia que debe ser debidamente acreditada (resolución de 7 de octubre de 2013).

Colofón de la anterior doctrina es que uno sólo de los partícipes de la comunidad no puede actuar sin que resulte su designación por el conjunto de coherederos, pues como mero titular de un porcentaje sobre un grupo de bienes entre los que existen participaciones sociales carece de legitimación para ejercitar el derecho a solicitar la verificación contable que corresponde al conjunto de ellos (resolución de 4 de junio de 2014). Por tanto, a la luz de esta doctrina y en el caso que nos ocupa, no puede reconocerse la legitimación del

socio en tanto no se proceda a la partición de la herencia o acredite su carácter de representante.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid, doña Isabel Adoración Antoniano González.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 26 de octubre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Madrid.

Resolución de 26 de octubre de 2017 (2)

En el expediente 163 /2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Construcciones Concepción S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., como representante de don ….., presentó escrito de fecha 20 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Huelva, en el que tuvo su entrada el 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 5% del capital social de «Construcciones Concepción, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016. Como justificación de su legitimación, presenta copia de escritura de liquidación de sociedades de gananciales y adjudicación de herencia otorgada en Huelva, el 18 de octubre de 2012, ante el Notario don Carlos Toledo Romero, número 445 de protocolo, donde el solicitante se adjudica el pleno dominio de 1.875 acciones, representativas del 4,6875% del capital social, así como una sexta parte indivisa en nuda propiedad de 34.375 acciones, las cuales constituyen el 85,9375% del mismo.

II

Por escrito de fecha 5 de abril de 2017, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, se dió traslado a la sociedad de copia de la solicitud del socio minoritario al objeto de que en el plazo de 5 días a contar de la fecha de la notificación, pudiera oponerse al nombramiento solicitado. El citado escrito fue notificado a la sociedad por correo certificado el día 6 de abril de 2017, devuelto por el servicio postal de correos, y enviado nuevamente el día 5 de mayo de 2017, el cual no fue recibido y devuelto al Registro con fecha 26 de mayo último, procediéndose así a la publicación en el tablón edictal con fecha 12 de julio de 2017.

III

La registradora mercantil de Huelva, doña Mercedes Jiménez–Alfaro Larrazábal dictó resolución de fecha 14 de julio de 2017 por la que acordó desestimar la solicitud de nombramiento del auditor solicitado alegando la falta de legitimación del solicitante, ya que según la documentación archivada en el registro, no se cumple el requisito mínimo del 5% del capital social necesario para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, basándose tan solo el solicitante en la referencia a la titularidad del 7,03% del capital social que adquiere por herencia, y que consta en las cuentas anuales del ejercicio 2007 y siguientes. Según los documentos presentados y archivados, las acciones que representan el 85,9375% del capital social, corresponde a los accionistas en la siguiente proporción: Las acciones 1.251 a 2.500, 5.001 a 16.000, y 16.001 a 38.250, a la sociedad le consta la pertenencia en 316 partes indivisas en plena propiedad a don ….., 3I6 partes en usufructo a don ….., 116 parte en nuda propiedad a doña ….., 116 parte en nuda propiedad a doña ….. y 116 parte en nuda propiedad a don ….. Señala la registradora que las cuentas anuales reseñadas figuran debidamente depositadas en este Registro Mercantil, y su contenido se presume exacto, válido, y bajo la salvaguarda de los Tribunales, estándose vinculado por su contenido, mientras que un Tribunal no declare su inexactitud. (art. 18, 20 del Código de Comercio). Lo que no procede en ningún caso es que las cuentas contradigan «el contenido del Registro Mercantil (capital social, administración....) dado que éste está protegido por las presunciones de exactitud y validez, presunciones que no alcanzan a determinados datos que reflejan los documentos que conforman las cuentas anuales. En el presente caso no hay asiento alguno que señale la titularidad que refleja las cuentas anuales.

IV

Don ….., por escrito de fecha 5 de agosto de 2017, que tuvo entrada en el Registro Mercantil el día 11 del mismo mes, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que el instante es heredero a título universal de don ….., que hasta su fallecimiento, resultaba ser socio de un 7,03% del capital social, tal y como se desprende de la memoria de las cuentas anuales de los ejercicios 2008, 2009 y 2010. La participación comunicada verbalmente con posterioridad al fallecimiento de don ….. es la de 4,6875% del capital social, figurando así en las cuentas anuales del ejercicio 2011.

Que si bien, el 6 de agosto de 2012 recibió correo electrónico enviado por el asesor fiscal y contable de la empresa, en el que se anexa, entre otras, escrito sobre «nueva composición accionarial después del aumento de capital de fecha 24 de julio de 2003», donde se le atribuye a dicho socio el 7,03% del capital social. Don ….. asumió como legítima la participación del 4,6875% en plena propiedad, mediante escritura de adjudicación de

herencia otorgada el 18 de octubre de 2012, si bien ante la alteración injustificada de la participación resultante en la adjudicación de herencia y las cuentas anuales del ejercicio 2008 a 2010, el citado socio exige aclaración a dicha cuestión, remitiéndose la sociedad al historial de transmisiones enviado por burofax de 30 de enero de 2013, reflejando su desacuerdo, por no ser acorde con lo reflejado en las citadas cuentas anuales, ni en el referido escrito titulado «nueva composición accionarial después del aumento de capital de fecha 24 de julio de 2003.» No discute el recurrente la distribución accionarial que le aportó la sociedad (correspondiente al 4,6875%), si bien hace valer su legitimación mediante las mencionadas cuentas anuales del 2008 al 2010, y escrito recibido sobre nueva composición accionarial. No obstante, señala el recurrente que la controversia manifiesta con la sociedad sobre el accionariado del socio instante ha derivado en un procedimiento judicial, del que resulta por testimonio del auto judicial de 26 de octubre de 2016, en su parte dispositiva, que *«se admite a trámite la querella presentada sobre supuesto delito societario»*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 este expediente, como única cuestión, la relativa a la legitimación del solicitante de la auditoría, ya que según la documentación archivada en el registro no cumple el requisito mínimo del 5% del capital social necesario para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas, basándose tan solo el solicitante en la referencia a la titularidad del 7,03% del capital social que adquiere por herencia, y que consta en las cuentas anuales del ejercicio 2007 a 2010. Con posterioridad a las cuentas anuales alegadas, figuran depositadas las correspondientes al ejercicio 2011 –y de 2012–, donde según certificado del órgano de administración que se incorpora, los socios que representan el 100 por 100 del capital social acordaron por unanimidad con fecha 30 de junio de 2012, aprobar las cuentas anuales del ejercicio 2011, incorporando la memoria de la que resulta, que la titularidad de don ….., causante de la herencia, ascendía al 4,6875% del capital social. El solicitante no discutió el porcentaje accionarial que la sociedad le concedió, acreditándolo con la adjudicación de herencia de 18-10-2012 de donde resulta que dicho socio es titular del 4,6875% del capital social. Toda la documentación aportada, así como la señalada por el solicitante es totalmente coincidente con la incorporada en el expediente 1/2015, resolviéndose en ésta, la falta de legitimación del mismo socio instante. No obstante, el recurrente señala que la controversia manifiesta con la sociedad sobre el accionariado del socio instante ha derivado en un procedimiento judicial, del que resulta por testimonio del auto judicial de 26 de octubre de 2016, en su parte dispositiva, que «se admite a trámite la querella presentada sobre supuesto delito societario».

Es constante la doctrina de esta Dirección General, así en resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo de 2013, 20 de diciembre 2013 y 31 de enero de 2014, que sólo procede la suspensión del procedimiento cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría, se esté discutiendo en vía judicial su legitimación, ya sea por su condición de socio, por 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. El hecho de que exista la querella por supuesto delito societario no justifica la falta de legitimación y no puede impedir por tanto, la designación de auditor de cuentas. Fuera de este supuesto concreto, relativo a la legitimación del socio, como condición necesaria para ejercitar el derecho del que se viene hablando, no ha lugar a suspender el procedimiento por ninguna otra cuestión suscitada o que pueda suscitarse en vía judicial, por no depender la decisión que se adopte en el expediente de la resolución judicial que pueda recaer en el futuro sobre la validez o nulidad de acuerdos sociales o sobre cualquier cuestión que pueda plantearse. (Resolución 13-05-2013). En definitiva, en ella no consta que se ventile judicialmente la titularidad de las acciones y, por tanto, la legitimación del solicitante y, en consecuencia, no puede siquiera suspenderse, al no existir litispendencia, la decisión registral de denegar la auditoría por falta de legitimación-no reunir al menos el 5 por 100 del capital social de la compañía.

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 14 de julio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 26 de octubre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Huelva.

Resolución de 3 de noviembre de 2017

En el expediente 159/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bacomar Logistics, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Cádiz, en el que tuvo su entrada el día 3 de abril de 2017, con fecha de imposición de Correos 30 de marzo 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 titular de más del 5% del capital social de «Alfaship-Bacomar, S.L.», hoy «Bacomar Logistics S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

De la solicitud resulta que la sociedad tenía nombrado auditor para los ejercicios 2014-2016, pero el nombramiento se revocó en fecha 30 de enero de 2017 y que entiende que no afecta a las cuentas del ejercicio 2016. Expresamente solicita para el sólo caso de que no fuera así, la designación de auditor para la verificación de cuentas del ejercicio 2016.

II

Tras la práctica de una diligencia por parte del Registro Mercantil de Cádiz, y notificada la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante fue expulsado de la sociedad por lo que carece de la condición de socio tal y como resulta de copia del acta notarial, que se acompaña, de fecha 15 de septiembre de 2015. 2.º Que ha transcurrido con creces el plazo de impugnación del acuerdo adoptado.

De copia del acta autorizada por el notario de Algeciras don Víctor Manuel Arrabal López en fecha 15 de septiembre de 2015 y de su diligencia de la misma fecha, resulta que a instancia del hoy solicitante se convocó junta general que se celebró en la fecha indicada; que la junta quedó válidamente constituida estando presente o representado el 100% del capital social; que el solicitante, titular del 25% del capital social, estuvo representado por un letrado; que en la discusión del punto séptimo del orden del día relativo a la separación y/o exclusión del socio don …..., se entregó al notario autorizante un escrito del letrado del que resulta que no se ha aportó al socio la información social suficiente y que muestra su absoluta oposición a la exclusión; que sometido a voto el citado punto del orden del día fue aprobado con el 75% de los votos a favor y con el 25% de los votos en contra correspondientes al socio excluido que se reservó el ejercicio de su facultad de impugnación.

Trasladada la oposición al solicitante, este remitió escrito de fecha 21 de junio de 2017 en el que expuso: 1.º Que en contra de lo afirmado por la sociedad conserva su calidad de socio y su legitimación como resulta del artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital pues ostentando el 25% del capital social no basta el acuerdo de la junta general, sino que es precisa una resolución judicial sin que se haya interpuesto por la sociedad demanda alguna. 2.º Que en la votación del acuerdo de exclusión su votó fue contrario con reserva de las oportunas acciones legales. 3.º Que la administradora de la sociedad no respetó su derecho de información. 4.º Que el ejercicio del derecho de impugnación no constituye obligación del socio.

III

La registradora mercantil accidental de Cádiz, doña María Milagrosa Afonso Duret dictó resolución en fecha 29 de junio de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y

proceder al nombramiento del auditor solicitado. Basa su resolución en el hecho de que el acuerdo de exclusión constituye el inicio de un *iter* jurídico que sólo concluirá con el otorgamiento de la escritura pública de reembolso, de acuerdo a los artículos 352 de la Ley de Sociedades de Capital y 208 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Doña ….., como administradora de la sociedad, por escrito de fecha 1 de agosto de 2017, que tuvo entrada el día cuatro inmediato posterior en el Registro Mercantil de Cádiz, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que el solicitante, titular del 25% del capital social, hizo saber a la administradora en 2014 su voluntad de vender la totalidad de sus participaciones. Que tras distintas negociaciones se rompió el diálogo y en la junta de fecha 15 de septiembre de 2015 se acordó la expulsión sin que hasta la fecha hayan tenido otro contacto con el socio o su representante. 2.º Que la resolución afirma que se aportó al expediente el principio de prueba de su condición de socio, pero debe referirse al expediente 21/2017, que es el citado por la resolución, y no al 15/2017 que es al que la sociedad dirigió su escrito de oposición; que de lo anterior resulta indefensión al desconocer a qué documentación se refiere. 3.º Que como resulta del artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital, *in fine*, no es precisa resolución judicial cuando el socio expulsado se conforma con el contenido del acuerdo lo que es patente dado que no ha impugnado el acuerdo de exclusión, único medio para mostrar su disconformidad (con cita de la sentencia 37/2012, de 23 de marzo del juzgado mercantil de Vitoria). Que en el caso de que se entendiera que el representante del señor solicitante al expresar su oposición a la expulsión, mostraba su disconformidad debe tenerse en cuenta que se produjo antes de producirse la votación, por lo que no había acuerdo alguno, de donde resulta que no pudo existir oposición a un acuerdo que no se había producido. Que el representante del socio se limitó a votar en contra de la expulsión por lo que dicho voto no puede considerarse como oposición y porque reservándose el ejercicio de acciones de impugnación no las llevó a cabo. 4.º Que esta es la postura del Tribunal Supremo como resulta de la sentencia 776/2007, de 9 de julio y de la sentencia 345/2013, de 27 de mayo. Que en definitiva, habiendo transcurrido con creces el plazo de un año para impugnar el acuerdo de exclusión y no habiendo ejercitado acción alguna, el solicitante carece de legitimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones en materia de auditores de fechas 16 de octubre de 2000, 9 de diciembre de 2014 y 11 de marzo, 5 de mayo y 15 de julio de 2015, así como las citadas en el texto.

1. Constituye el objeto de este expediente determinar si procede o no la designación de auditor a instancia de un socio minoritario de conformidad con la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. La

sociedad se opone a la solicitud alegando la falta de legitimación del solicitante al haber sido excluido de la sociedad por acuerdo de junta general.

Para la debida resolución del expediente, y antes de entrar en el fondo del asunto, es preciso determinar cuál es el objeto de este expediente, así como dar cumplida respuesta a la alegación de indefensión que manifiesta el recurrente.

En relación a la primera cuestión, 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 y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Si cualquiera de las partes implicadas considera que la actuación de la sociedad o del 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* artículos 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.

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. Así, quedan absolutamente fuera del objeto de este expediente aquellas cuestiones que tienen que ver con la valoración de la conducta de las partes, el valor que haya que atribuirle, y las consecuencias jurídicas que de ello se derive, cuestiones todas ellas que, como queda dicho, deben ser objeto de apreciación por los tribunales de justicia.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión previa, debe rechazarse la protesta de indefensión que contiene el escrito de recurso pues el procedimiento se ha llevado a cabo de acuerdo a las previsiones normativas y la sociedad ha tenido la oportunidad material de hacer las alegaciones que ha tenido por conveniente. El escrito de recurso afirma que no se le ha dado traslado de la documentación de respaldo acompañada por el solicitante en el expediente que causa la presente. En realidad, y como ha quedado debidamente acreditado en el expediente, la sociedad pretende que el mero error en la numeración del expediente del Registro Mercantil de Cádiz que contiene la comunicación que se le hizo de iniciación sea considerada como una causa de indefensión.

Dicha afirmación no puede sostenerse. Lo relevante es que el destinatario de las notificaciones, la sociedad, ha conocido el hecho de la solicitud, así

como la documentación complementaria a la misma, así como la resolución del registrador mercantil sobre designación de auditor y que el mero error de numeración no le ha cerrado la posibilidad de ejercitar su derecho de oposición y recurso; no cabe consecuentemente ni apreciación de causa de nulidad ni de indefensión. En definitiva, no cabe apreciar causa alguna de nulidad pues la sociedad ha tenido oportunidad de alegar lo que ha estimado conveniente en defensa de su derecho, desvirtuando el principio de prueba en el que el solicitante fundó su legitimación (*vide* al respecto resoluciones de 25 de junio y 10 de octubre de 2010 y 24 de junio de 2014).

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.»

2. Por lo que se refiere a la cuestión de fondo, dice así el artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital: «1. La exclusión requerirá acuerdo de la junta general. En el acta de la reunión o en anejo se hará constar la identidad de los socios que hayan votado a favor del acuerdo. 2. Salvo en el caso de condena del socio administrador a indemnizar a la sociedad, la exclusión de un socio con participación igual o superior al veinticinco por ciento en el capital social requerirá, además del acuerdo de la junta general, resolución judicial firme, siempre que el socio no se conforme con la exclusión acordada. 3. Cualquier socio que hubiera votado a favor del acuerdo estará legitimado para ejercitar la acción de exclusión en nombre de la sociedad cuando ésta no lo hubiera hecho en el plazo de un mes a contar desde la fecha de adopción del acuerdo de exclusión.»

Constituye doctrina de esta Dirección expresada en la resolución de 16 de octubre de 2000 y en la de 9 de diciembre de 2014 (en relación la primera al texto vigente entonces de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sustancialmente idéntico al actual artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital), que la Ley establece un mecanismo de defensa del socio que ostente una participación significativa, igual o superior al veinticinco por ciento del

capital social, y no se conforme con el acuerdo de exclusión, al exigir que éste se complemente con una resolución judicial firme que dé efectividad al acuerdo de exclusión, sin duda como garantía de que la privación del derecho de voto del socio cualificado no deje tan sólo en manos de los restantes tan radical decisión. Tal resolución, en cuanto requisito necesario para la eficacia del acuerdo, ha de considerarse que tiene eficacia constitutiva y, por tanto, sus efectos han de producirse ex nunc, por lo que en tanto no recaiga, el socio en proceso de exclusión conserva todos sus derechos y, en un caso como el presente, el de votar en las propuestas posteriores al acuerdo de exclusión.

3. La postura de esta Dirección constituye hoy doctrina legal de nuestro Tribunal Supremo el cual, en su sentencia de 9 de julio de 2007 hizo suyos los anteriores razonamientos de forma literal y los confirma en su posterior sentencia de 27 de mayo de 2013 al decir: «Este carácter constitutivo de la resolución judicial no sólo debe determinar, como declaramos en aquella ocasión, que pueda ejercitar los derechos de socio hasta que se haga efectiva la exclusión con la firmeza de la resolución judicial, sino que la valoración de sus participaciones ha de referirse a ese momento, en que deja de ser socio… En estos casos, en la reseñada sentencia de 776/2007, de 9 de julio (RJ 2007, 4960), expresamente se atribuye carácter constitutivo a la sentencia firme y se difieren los efectos de la exclusión, esto es, la pérdida de la condición de socio, y con ella de todos los derechos que lleva consigo, a la firmeza de la sentencia. Resulta una lógica consecuencia de lo anterior, que el valor razonable de las participaciones del socio excluido se refiera al momento en que deja de serlo, que coincide con la firmeza de la sentencia».

En la reseñada sentencia de 9 de julio de 2007 expresamente se atribuye carácter constitutivo a la sentencia firme y se difieren los efectos de la exclusión, esto es, la pérdida de la condición de socio, y con ella de todos los derechos que lleva consigo, a la firmeza de la sentencia.

4. La contundencia de los pronunciamientos del Alto Tribunal no dejan margen de interpretación por lo que resultando en el expediente que el socio excluido, meramente en virtud de acuerdo social, solicitó al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital la verificación de las cuentas no cabe sino reconocer la viabilidad de su pretensión.

Los argumentos de contrario de la sociedad no pueden enervar dicha conclusión. La sociedad sostiene que el socio objeto del acuerdo social no ha mostrado disconformidad. Tal afirmación no puede merecer el respaldo de esta Dirección. En primer lugar porque el hecho de que el socio objeto del acuerdo no haya llevado a cabo su impugnación no puede equipararse, en absoluto, a una conformidad con su contenido. Cualquiera que haya sido la motivación del socio para no ejercitar el derecho de impugnación no puede equipararse, sin más, a un consentimiento favorable a su contenido. No desmerece dicha afirmación el contenido de la sentencia 37/2012, de 23 de marzo de 2012 del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria. Dicha resolución, cuya firmeza no consta, no sólo no puede contradecir los terminantes pronunciamien-

tos de las reseñadas del Tribunal Supremo, es que entiende en su fallo que el hecho de que el socio expulsado siga comportándose como socio no puede equipararse a un consentimiento a su expulsión.

En segundo lugar, no puede ampararse la pretensión de que el voto en contra o la expresa manifestación que lleva a cabo el representante del socio de oponerse a la expulsión no equivalen a un rechazo al acuerdo. El argumento no puede sostenerse. Como resulta de los hechos el representante del socio que actuó en su nombre en la junta general se opuso expresamente a la adopción del acuerdo y votó en contra. Su disconformidad es incuestionable, como incuestionable es que ni la sociedad ni ninguna de las personas legitimadas por el artículo 352.3 de la Ley de Sociedades de Capital ha ejercitado la acción de expulsión prevista en el precepto, lo que conlleva la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil accidental de Cádiz, doña María Milagrosa Afonso Duret de fecha 29 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 3 de noviembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora mercantil accidental de Cádiz.

Resolución de 8 de noviembre de 2017 (1)

En el expediente 164/2017 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Circuito del Motor y Promoción Deportiva, S.A.».

Por escrito de fecha 16 de octubre de 2017 (con entrada en este Ministerio el mismo día), el registrador mercantil de Valencia núm. 5, don José Luis Gómez Fabra Gómez, remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado un escrito de don…. , quien actúa en representación de la sociedad «Circuito del Motor y Promoción Deportiva, S.A.», por el que solicita al amparo del artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil el nombramiento como auditor de cuentas de la empresa «Rusell Bedford Auditores y Consultores S.L.», a fin de llevar a cabo la realización del informe de verificación correspondiente al ejercicio 2016.

El solicitante considera de aplicación el precepto citado en base a las siguientes circunstancias:

Primero. Que la sociedad «Circuito del Motor y Promoción Deportiva, S.A.» es de capital íntegramente público, perteneciendo al sector público instrumental de la Generalitat Valenciana de conformidad con sus estatutos y con lo dispuesto en el artículo 3.2b) de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones. Como tal, está incluida en el Plan Anual de Auditorías del Sector Público, sin perjuicio de las actuaciones correspondientes a la función interventora y de las normas sobre auditoría de cuentas 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.

Segundo. Que la contratación de auditorías externas corresponde a la Conselleria de Hacienda y Modelo Económico, quien debe someterse a los procedimientos contemplados en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. La contratación de auditor para la sociedad «Circuito del Motor y Promoción Deportiva, S.A.», formó parte de un contrato cuya licitación se anunció en los boletines oficiales de la Unión Europea, Generalitat valenciana y del Estado, a lo largo de agosto de 2016, llevándose a cabo los trámites correspondientes, y formalizándose la adjudicación en fecha 8 de marzo de 2017.

Tercero. Que el Consell de la Generalitat, constituido como junta universal de accionistas, el día 30 de junio de 2017 acordó en fecha 30 de junio de 2017 el nombramiento de la sociedad «Rusell Bedford Auditores y Consultores, S.L.» como auditor para los ejercicios 2016, 2017 y 2018.

Cuarto. Que presentado el acuerdo de designación en el Registro Mercantil de Valencia, fue denegada su inscripción interponiéndose recurso que dio lugar a la resolución desestimatoria de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 26 de octubre de 2017.

Quinto. Que de conformidad con el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil concurren circunstancias excepcionales, como son: los perjuicios que se causarían a la Administración pública, que concreta, así como el hecho de que el contrato de auditoría consta firmado y es irrevocable. Se acompaña documentación de respaldo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en los artículos 41 y 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 los artículos 355 y 356 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, en uso de la atribución que le reconoce el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, ha tenido ocasión de elaborar una doctrina sobre los criterios de aplicación que deben presidir su correcta utilización.

Con carácter previo es preciso poner de manifiesto que el mecanismo establecido en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil para la designación de auditor no constituye una modalidad especial del procedimiento de designación de auditor, sino solamente del nombramiento una vez dictada por el registrador competente la resolución por la que accede a la solicitud a el dirigida en virtud de lo establecido en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital. En consecuencia, lo procedente es, una vez practicado el correspondiente asiento de presentación, proceder a la oportuna apertura de expediente en el que hacer constar las distintas incidencias que se vayan produciendo (*vide* artículo 353 del Reglamento del Registro Mercantil), incluida la resolución que proceda. Sólo cuando la resolución del registrador sobre la pertinencia del nombramiento se haya producido y haya adquirido firmeza, se procederá al nombramiento solicitado (art. 354.4 en relación al artículo 340 y al artículo 364 del Reglamento del Registro Mercantil) y, en su caso, a la elevación a esta Dirección General de la solicitud de excepción al sistema de nombramiento ordinario del artículo 355.

Ciertamente cuando la solicitud provenga de la misma sociedad obligada (art. 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital), la ausencia de trámite de audiencia facilita la decisión del registrador que debe limitarse a verificar si concurren los requisitos de tiempo, legitimación, competencia y forma (arts. 264 y 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital en relación al artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil), pero ello no exime ni de la obligación de abrir expediente ni de la de emitir resolución.

En el supuesto que provoca la presente, el registrador se limita a dar traslado a esta Dirección General de la solicitud de la sociedad sin que resulte que ha llevado a cabo la emisión de una resolución estimatoria de su pretensión, único supuesto en el que procedería la designación de un auditor conforme a las reglas generales del artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil o, en su caso, la elevación a esta Dirección de la solicitud de que se lleve a cabo la designación de conformidad con el artículo 356 del propio reglamento.

No obstante, esta Dirección considera que debe proceder a entrar a conocer directamente de la solicitud formulada en aras del mejor interés del administrado habida cuenta de que la ausencia de trámite de audiencia permite afirmar que es el de aquél, el único interés protegible objeto de este expediente.

2. De acuerdo con la doctrina de este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 11 de junio de 2015, 25 de enero, 29 de marzo, 1 y 26 de abril, 6 de junio, 17 y 26 de octubre de 2016 y 19, 23 y 25 de enero de 2017), 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 355 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. No obstante, es preciso tener 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, en un primer momento, que el Reglamento del Registro Mercantil sólo 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 llevadas a cabo por una firma de auditoría que tenga capacidad suficiente para hacer 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.

3. Resta por determinar si además de las circunstancias especiales de tipo económico, basadas en el tamaño de la sociedad a auditar, existen otras posibles que justifiquen la competencia de esta Dirección. La respuesta es positiva habida cuenta de la generalidad de los términos en que se pronuncia

en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil si bien en este supuesto debe justificarse a satisfacción del registrador primero y de esta Dirección después, la concurrencia de justa causa que así lo justifique.

Y así ocurre en el supuesto que da lugar a la presente por cuanto de la instancia resultan un conjunto de circunstancias que, por un lado justifican que la sociedad constituida haya demorado la toma de decisión en relación a la designación de auditor para el ejercicio solicitado y por otro, que el sistema de designación por la propia sociedad (en el ámbito del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.), ha garantizado los principios que a dicha sociedad le son de aplicación (*vide* artículo 3.1.d de la propia Ley), así como la salvaguarda de las exigencias de transparencia y acceso público (art. 53), e idoneidad del seleccionado (arts. 54, 57 y 60), así como su oportuna solvencia (art. 62 de la misma Ley de Contratos del Sector público).

4. Por último, es preciso recordar que la presente resolución se limita al nombramiento de auditor correspondiente al ejercicio 2016, único supuesto en el que asiste atribución de competencia conforme al artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital. El nombramiento para el actual ejercicio 2017 y otros venideros debe llevarse a cabo de acuerdo a las previsiones de competencia establecidas en la Ley (art. 264 de la Ley de Sociedades de Capital).

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 por cuanto el solicitante así lo ha justificado debidamente.

2.º Confirmar el nombramiento del auditor designado, la compañía Rusell Bedford Auditores y Consultores S.L. para la práctica de la auditoría de la sociedad solicitante correspondiente al ejercicio 2016.

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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 8 de noviembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 8 de noviembre de 2017 (2)

En el expediente 172/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de socios de «Alttoglass, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., doña ….., en representación de la sociedad Byada, S.L., doña ….. y don ….., en representación de la sociedad Pañol S.L., presentaron un escrito de fecha 1 de agosto de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Castellón, en el que tuvo su entrada el día 4 inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y como socios de «Alttoglass, S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor real de las acciones de que son titulares como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud resulta:

a) Que en virtud de sentencia firme, que se acompaña, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Castellón de la Plana de 16 de febrero de 2016, se declaró la nulidad del informe de valoración de las acciones de la sociedad emitido por el experto designado en su día por el registrador mercantil como consecuencia del ejercicio del derecho de separación.

b) Que la sociedad no acordó la distribución de dividendos en el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2011, como resulta de copia del certificado de acta que se acompaña.

c) Que don ….. y la sociedad Byada, S.A. como socios que votaron a favor de la distribución del dividendo ejercieron dentro del plazo legal su derecho de separación.

d) Que se solicitó en su día la designación de experto.

e) Que la sociedad «Byada, S.L.» transmitió parte de sus acciones como resulta de las escrituras de compraventa que acompaña. En virtud de escritura de fecha 25 de junio de 2013 autorizada por el notario de Castellón don Ernesto Tarragón Albella, «Byada, S.L.» transmitió a doña ….. 65.000 acciones de la sociedad por título de compraventa. En virtud de escritura de fecha 25 de julio de 2013 autorizada por el notario de Castellón don Ernesto Tarragón Albella, «Byada, S.L.» transmitió a la sociedad Pañol S.L. 476.000 acciones por título de compraventa.

f) Que de conformidad con la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 26 de enero de 2016, que se acompaña, las acciones transmitidas a la sociedad «Pañol, S.L.» y a doña ….. están afectadas por el derecho de separación ejercido por Byada S.L.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito fechado el día 21 de agosto de 2017 con entrada en el Registro Mercantil el día inmediato posterior, alegando: 1.º Que habiéndose anulado por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Castellón de fecha 16 de febrero de 2016 la valoración de acciones que llevó a cabo el experto designado por el registrador mercantil, no procede la designación de uno nuevo si no que lo procedente es que se lleve a cabo en procedimiento judicial. 2.º Que en cualquier caso es improcedente la solicitud en cuanto a doña ….. por cuanto no impugnaron en su día el informe llevado a cabo por el experto designado por el registrador. 3.º Que de la documentación

presentada resulta que dichos señores no impugnaron el informe, que la sociedad consignó el importe de las acciones y otorgó la oportuna escritura de adquisición, por lo que ha caducado su derecho a impugnar el informe habida cuenta de la sentencia del juzgado de lo Mercantil de Castellón de 16 de febrero de 2016. 4.º Que los efectos de dicha sentencia sólo pueden extenderse a las partes del proceso conforme al artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

III

El registrador mercantil de Castellón núm. 2, don Miguel Verger Amengual dictó resolución en fecha 28 de agosto de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil. Fundamenta su decisión por un lado en que la oposición ha sido presentada fuera del plazo establecido en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil y en que el expediente que dio lugar al anterior nombramiento, consta administrativamente cerrado por lo que procede la apertura de uno nuevo sin que resulte motivo alguno, ni resulte del expediente, que proceda un procedimiento judicial. Por otro lado, entiende el registrador que la sociedad consignó las cantidades correspondientes a favor no sólo de los dos accionistas que ejercitaron su derecho sino también a favor de quien adquirió las acciones de donde resulta que aceptó su interés. Además, al constar que dichos interesados no aceptaron la consignación resulta que, de conformidad con el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital estaban en desacuerdo con la valoración.

IV

Don ….., como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 14 de septiembre 2017, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Castellón, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que el escrito de oposición se presentó en plazo pues recibida la notificación el día 11 de agosto de 2017 y siendo inhábil el día 15, el día 21 de agosto se encuentra dentro del establecido reglamentariamente al haber sido remitido vía telemática el mismo día 21 como resulta de traslado del acuse de recibo generado por el propio sistema, que se acompaña. 2.º Que no procede el nombramiento de un nuevo experto pues habiendo sino anulado el anterior informe de valoración no procede que el Registro Mercantil lleve a cabo un nuevo nombramiento sino que lo procedente es que se determine el valor de las acciones en procedimiento judicial. 3.º Que no es procedente el nombramiento para la valoración de las acciones de doña ….. quienes no impugnaron en su día el informe de valoración que se llevó a acabo. Que como resulta de la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón que se ha acompañado, transmitidas por parte de Byada S.L. parte de sus acciones tras haberse llevado a cabo la designación de experto, la propia sociedad comunicó al Registro Mercantil que el informe a realizar no debía incluir las acciones transmitidas. Que puestos a disposición de los socios el valor de sus acciones y consignado su importe se procedió al otorgamiento de la oportuna escritura pública. Que ni doña ….. ni …. impugnaron el informe de valoración por lo que, respecto a ellos, el proceso de separación ha concluido como resulta del artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital. 4.º Que en cualquier caso la acción de impugnación del informe de valoración estaría caducada respecto de doña ….. ni ….. Que, en cualquier caso, los efectos de la sentencia de un procedimiento en el que no han sido parte no se extienden a estas personas».

V

Don….., doña ….., en representación de la sociedad Byada, S.L., doña ….. y don ….., en representación de la sociedad Pañol S.L., presentan escrito de fecha 19 de septiembre de 2017, que tuvo entrada en el Registro Mercantil el día inmediato posterior, por el que se formula recurso contra la resolución del registrador mercantil de Castellón. De dicho escrito resulta: «1.º Que no habiendo el registrador mercantil admitido la oposición de la sociedad por estar presentada fuera de plazo, debería haber procedido sin más al nombramiento solicitado sin entrar en el fondo del asunto ni conceder pie de recursos. 2.º Que en los demás coinciden con la resolución del registrador».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 346 y ss. de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Ejercitado el derecho de separación en su día por dos socios de la sociedad «Alttoglass, S.A.», el señor Manuel Soler y la compañía «Byada S.L.», y designado por el registrador mercantil un experto para determinar el valor razonable de las acciones, se llevó a cabo el dictamen pericial. Con posterioridad, impugnado el citado dictamen, se dictó sentencia firme de la que resulta su nulidad.

Ahora, los mismos socios que ejercitaron en su día el derecho de separación y, además, otros dos interesados que adquirieron parte de las acciones de «Byada, S.L.», solicitan una nueva designación de experto independiente al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Para proporcionar una respuesta correcta a las pretensiones que las partes formulan en este expediente es preciso poner de manifiesto, con carácter previo, dos cuestiones de carácter formal y que se refieren, por un lado, a lo que constituye su objeto y, por otro, a la trascendencia que pueda tener en el mismo la tardía respuesta de la sociedad a la comunicación llevada a cabo por el registrador.

Por lo que se refiere a la primera, El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales, pero no alcanza a la resolución de controversias entre las partes sobre las demás cuestiones planteadas. 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 en sede de designación de auditores de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Esta puntualización es de especial importancia en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en el que la sociedad no discute la pertinencia del ejercicio del derecho de separación. Tampoco se discute la pertinencia del nombramiento de un nuevo experto, habida cuenta de la declaración de nulidad del informe llevado a cabo por el anteriormente nombrado. La sociedad sólo discute que, habida cuenta de la declaración de nulidad, la designación del experto debe llevarse a cabo en el ámbito judicial, así como que la designación no es procedente en relación a doña ….. y en cuanto a la sociedad Pañol S.L. quienes no impugnaron en su día el informe de valoración.

Por lo que se refiere al ejercicio extemporáneo del derecho de oposición, que el registrador señala en la resolución impugnada, lo cierto es que, sin necesidad de entrar en la cuestión de si efectivamente fue presentado o no, a los efectos registrales, dentro de plazo, dicha circunstancia en ningún caso tendrá la relevancia que se pretende. Es doctrina reiterada de esta Dirección (resolución de 17 de noviembre de 2008 y de 25 de julio de 2014 en sede de recursos contra la designación de auditores a instancia de la minoría), que la oposición a la solicitud es una facultad o derecho de la sociedad y no una carga y, por consiguiente, que el Registrador debe resolver el fondo de la cuestión, es decir, decidir si el solicitante reúne o no los requisitos por la Ley de Sociedades de Capital para proceder a la designación de experto, y ello aunque la sociedad no se oponga o se oponga fuera del plazo reglamentariamente establecido.

A lo anterior se une el hecho de que, de conformidad con el artículo 76.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: «Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio».

Del mismo modo establece el artículo 73.3 que: «A los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente. No obstante, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo».

En cualquier caso, no puede acogerse la pretensión deducida por la parte solicitante en su escrito de recurso de que presentada la oposición fuera de plazo, circunstancia que queda expresado no se prejuzga, no procedía abrir plazo de recurso. Es evidente que no es así y que aún en el supuesto de que la sociedad no haya contestado en plazo o no haya formulado oposición, tiene abierta la vía del recurso de alzada ante esta Dirección. Como pone de relieve

el artículo 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: «Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley».

Por su parte y como resulta del artículo 114 del mismo texto legal la resolución del registrador mercantil no pone fin a la vía administrativa en ningún caso y sólo alcanzará la firmeza si en el plazo previsto en el artículo 122 no se ha formulado el oportuno recurso de alzada.

2. Establecido lo anterior el recurso no puede prosperar. Si como consecuencia del ejercicio de una acción judicial, el informe de valoración que en su día se llevó a cabo como consecuencia de la designación de experto, es declarado nulo, es evidente que el interés que trata de proteger el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital no ha sido debidamente satisfecho.

No se discute, como queda explicado, el derecho de los socios al ejercicio de su derecho de separación de donde resulta indubitadamente su legitimación para solicitar la designación de experto a fin de valorar sus acciones y obtener su valor razonable.

Afirmar que el interés insatisfecho sólo puede encauzarse a través de un procedimiento judicial carece de base legal alguna. Bien al contrario, como ha quedado explicado, es precisamente a través de la designación encomendada al registrador mercantil por el procedimiento previsto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, como el ordenamiento prevé su satisfacción.

3. Establecido que el derecho de separación ha sido ejercitado y que el interés protegible en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital no ha sido satisfecho no queda más que confirmar la resolución del registrador.

Cuestión distinta será, una vez realizado el informe de valoración, si el valor así determinado podrá ser utilizado por parte o todos de los que ahora solicitan la designación de experto independiente, pero como quedó explicado más arriba, es cuestión ajena a la competencia de este Centro Directivo dentro de este procedimiento.

En definitiva, establecido que es preciso determinar el valor razonable de las acciones y que procede la designación de un experto que así lo haga, no procede sino la confirmación de la resolución del registrador.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Castellón núm. 2, don Miguel Verger Amengual de fecha 28 de agosto de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 8 de noviembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Castellón.

Resolución de 16 de noviembre de 2017

En el expediente 171/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Jaraba, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 14 de agosto de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Las Palmas en el que tuvo su entrada el día 16 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y como socio de la entidad «Jaraba S.A.», el nombramiento de un experto que determine el valor real de sus participaciones sociales.

De la solicitud resulta:

a) Que celebrada junta ordinaria de la sociedad en fecha 27 de junio de 2017 se aprobó, por el resto de socios presentes, la aplicación del resultado del ejercicio 2016 a la compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores y no a distribución de beneficios como votó el solicitante. Acompaña copia del acta notarial de junta general autorizada por el notario de Las Palmas de Gran Canaria don José del Cerro Peñalver en fecha 27 de junio de 2017. De diligencia de la misma fecha resulta la constitución de la junta, así como que el solicitante ostenta un porcentaje de capital del 8, 96057%.

b) Que se remitió burofax al órgano de administración en fecha 11 de julio de 2017 comunicando la decisión de separarse de la sociedad por parte del solicitante.

c) Que por parte de la sociedad se ha negado el ejercicio del derecho por lo que el requerimiento se reiteró el día 28 de julio de 2017.

d) Que existe un procedimiento judicial ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de San Bartolomé de Tirajana en el que se ventila la nulidad del título por el que se le atribuyen 14 acciones de la sociedad equivalentes al 2,5089% del capital social.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante pretende el ejercicio parcial de su derecho lo que le priva de legitimación. Que de la solicitud se

deduce que pretende ejercer el derecho en cuanto a 14 acciones de la sociedad cuando del libro registro de socios resulta ser titular de 50 acciones. Que de la propia Ley de Sociedades de Capital resulta la imposibilidad de ejercicio parcial del derecho, criterio que confirma la doctrina más autorizada. 2.º Que no se dan los requisitos previstos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que no es de aplicación cuando los beneficios no distribuidos tienen el carácter de extraordinarios o atípicos (con cita de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.ª), 81/2015, de 26 de marzo), así como la doctrina que comenta el artículo. Que el beneficio obtenido procede, no de la explotación del objeto social, sino del resultado extraordinario provocado por la dación en pago de un inmueble, así como por la reversión del deterioro de unos valores. Que el resultado de explotación del objeto de la sociedad fue de pérdidas durante el ejercicio 2016. Que se justifica lo anterior mediante certificado expedido por el asesor contable de la sociedad.

III

El registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria núm. 1, don Francisco de Asís Fernández Rodríguez dictó resolución en fecha 30 de agosto de 2017, por la que acordó admitir la oposición en cuanto al segundo motivo y rechazar la solicitud de nombramiento del experto solicitado.

IV

Don ……, por escrito de fecha 19 de septiembre de 2017, que tuvo entrada el mismo día 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 Que en las cuentas que acompañan al acta de presencia a que se ha hecho referencia consta, en la memoria, que no se han producido resultados fuera de la actividad normal de la empresa lo que es conforme con el objeto social inmobiliario de la sociedad. Que en la misma memoria consta la propuesta de distribución del beneficio obtenido y se afirma que no existen limitaciones a la distribución de dividendos. 2.º Que de lo anterior resulta la necesidad de revisar el criterio de la resolución impugnada que se basa en dicho argumento y en el documento aportado elaborado por los propios asesores de la sociedad. 3.º Que siendo la actividad de la sociedad plenamente inmobiliaria, la dación en pago llevada a efecto inmuebles cae dentro de su ámbito. Que además no se ha llevado a cabo la enajenación de un inmueble sido de dos. 4.º Que se acompaña informe pericial de experto economista auditor del que resulta que el beneficio obtenido es el resultado de la explotación de su objeto social».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011,

de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero y 14 de mayo de 2015.

1. Constituye el objeto de la presente dilucidar si procede la designación de experto independiente para la valoración de las acciones del solicitante quien afirma haber ejercido en tiempo y forma su derecho de separación amparado en la causa prevista en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Es doctrina de esta Dirección General (*vide* resoluciones de 2 de noviembre de 2010, de 7 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2015), que la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social (*vid.* apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las causas legales de separación de los socios, sino que se permiten otras estatutarias (*cfr.* artículos 346 y 347 de la Ley Sociedades de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones» (sentencia del Tribunal Supremo 63/2011, de 28 de febrero).

La amplitud con la que el legislador ha regulado el derecho de separación se ha extendido, en parte, al régimen jurídico de las sociedades anónimas como resulta de la simple comparación entre el régimen de la derogada Ley (*vide* artículos 147, 149 227 y 320 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), con el vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital. El fundamento en este caso, es la protección de la minoría que aún en sociedades abiertas, como son las sociedades anónimas, precisan de la tutela del ordenamiento cuando las modificaciones impuestas por la mayoría puedan afectar al núcleo de sus derechos individuales.

Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Socie-

dades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones o acciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

3. La doctrina expuesta de este Centro Directivo es plenamente respetuosa con la expresada por nuestro Tribunal Supremo que, en su sentencia 32/2006 de 23 enero (seguida por las que luego se citarán), estableció su posición al respecto afirmando que: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. b) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. c) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legalmente previsto mediante e implica una declaración recipticia que debe hacerse llegar a la sociedad. d) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. e) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

4. Junto a los supuestos legales o estatutarios, que podrían denominarse tradicionales en nuestro ordenamiento, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto, que se transcribe más abajo, entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo). Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un *iter* legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017.

Dice así el artículo 348 bis: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas».

Como pone de relieve la sentencia 84/2014, de 21 de marzo de la Audiencia Provincial de La Coruña (sección 4.ª): «Su fundamento radica en que la

Ley atribuye a la Junta General de Accionistas la facultad de decidir sobre la aplicación del resultado, si procede el reparto de dividendos, en el caso de que existan beneficios repartibles, que es el derecho en abstracto de los accionistas a participar, por lo que la denegación sistemática y reiterada a lo largo de los años por la mayoría del capital social en Junta puede generar conflictos entre los socios minoritarios, que precisamente el derecho a dividendo es lo que les llevó a participar en la sociedad, concediendo a éstos de tal forma la ley un derecho de separación, cumpliendo determinados requisitos».

La resolución transcrita se hace eco de la afirmaciones contenidas en la sentencia 873/2011 de 7 diciembre de nuestro Tribunal Supremo cuando afirma: «Tratándose en concreto de acuerdos referidos a la aplicación del resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios –a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg–, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo (RJ 2005, 5761), que «[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría»… En este sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 788/1996, de 10 de octubre (RJ 1996, 7063) –el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta–, 215/1997, de 19 de marzo –[s]iendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas»–, y 60/2002, de 30 de enero, «[e]l accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago».

De este modo, la norma viene a objetivar lo que no venía siendo reconocido más que como principio del derecho de sociedades, proporcionando una potente herramienta jurídica a los socios minoritarios en defensa de sus intereses cuando el fin de lucro inherente a las sociedades de capital no se traduce en una adecuada participación de los socios en los beneficios obtenidos.

La regulación delimita adecuadamente los límites en que el derecho debe ser ejercitado (*vide* sentencia 22/2013, de 23 de enero de la Audiencia Provincial de Valencia –sección 9.ª–, sentencia 278/2013, de 18 de noviembre de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa –sección 2.ª–, sentencia 322/2015, de 2 de diciembre de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –sec-

ción 4.ª–, y sentencia 97/2015, de 31 de marzo del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián), límites que deben ser contemplados con especial rigor ya que no se escapa a esta Dirección que la facultad atribuida al socio minoritario puede dar a situaciones no deseadas por el legislador y que pueden revestir muy distinta índole.

De la regulación legal y de la interpretación que de la misma ha llevado a cabo la jurisprudencia, resultan los requisitos para que proceda el ejercicio del derecho de separación. Tales requisitos son:

– Que la sociedad lleve cinco años inscrita en el Registro Mercantil. La norma, por tanto, sólo exige cinco años desde la inscripción, no la negativa reiterada al reparto de dividendos manifestada durante cinco ejercicios.
– Que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior al acuerdo.
– Que los beneficios sean legalmente repartibles.
– Que el socio hubiese votado a favor de la distribución de dividendos.
– Que el derecho se ejercite en el plazo de un mes desde la fecha de la celebración de la junta.
– Que no se trate de una sociedad cotizada.

5. El expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 353 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 experto independiente a que se refiere el artículo 353 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 353 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.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 353 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos la Ley atribuye competencia al registrador para dictar una resolución en la que, estimando la solicitud hecha por quien corresponda y apreciando la concurrencia de los requisitos legales, designar a un experto independiente o adoptar otras medidas sin perjuicio del eventual recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Precisamente porque el registrador tiene competencia para apreciar la concurrencia de los requisitos legales, esta Dirección General ha reiterado que no procede la estimación de la solicitud cuando del expediente no resulte aquella, aun cuando no hubiera existido oposición de la contraparte (*vide* por todas, resolución de 26 de septiembre de 2014).

6. Como resulta de la dicción del artículo 348 bis es presupuesto básico de existencia del derecho de separación que la junta general haya tomado la decisión de no repartir dividendo de al menos «un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.» El beneficio pues no sólo ha de ser legalmente repartible (*vide* artículos 273 y 326 de la Ley de Sociedades de Capital), sino que ha de proceder de la explotación del objeto social.

En el expediente que da lugar a la presente, la única cuestión debatida por las partes es la relativa a si el beneficio obtenido por la sociedad tiene o no el carácter de propio de la explotación del objeto social previsto por el artículo 348 bis y si, en consecuencia, procede o no el derecho de separación. No se discute ninguna otra cuestión quedando así determinado lo que constituye el objeto de la presente. Es de tener en cuenta que de conformidad con el contenido del acta de junta general y de la memoria correspondiente a las cuentas del ejercicio cuestionado, el resultado del ejercicio, que asciende a 1.041.403,07 euros se destina en su integridad a compensación de pérdidas de ejercicios anteriores; que el importe de estas asciende a la cantidad de 5.072.441,07 euros; que el patrimonio neto asciende a 8.741.488,82 y que el capital social es de 335.363,58 euros.

El concepto de lo que debe considerarse como beneficio propio de la explotación ha sido debidamente tratado por la sentencia número 81/2015 de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.ª), cuyo criterio, que esta Dirección debe aplicar, es el siguiente: «La doctrina, al analizar el artículo 348 bis, considera que para determinar el « beneficio propio de la explotación del objeto social» habrá que excluir los «beneficios extraordinarios o atípicos», valorando a tal efecto la interpretación que se venía haciendo del artículo 128 de la LSC y la justificación de la enmienda que modificó la Ley. Compartimos ese criterio, que también es aceptado por las partes, por lo que para fijar la base de reparto de la que se obtiene el tercio legal habrá que partir del resultado del ejercicio y depurarlo mediante la eliminación de los beneficios extraordinarios. A partir de ahí, no podemos compartir el criterio de la demandada, acogido sustancialmente por la sentencia apelada, que identifica «beneficio propio de la explotación del objeto social» con el beneficio que una compañía obtiene con su actividad ordinaria, esto es, con la que define el objeto social. Según LAMIR S.A. hay que adentrase en la sustancia económica de cada operación: beneficio ordinario será aquel que procede de operaciones vinculadas al objeto social y beneficio extraordinario el obtenido con operaciones ajenas o extrañas al mismo. Sólo los primeros, al entender de la demandada, han de ponderar para determinar «beneficio propio de la explotación del objeto social» Además, el círculo se cierra, a nuestro modo de ver de forma incorrecta, cuando se constriñe el objeto de la sociedad a la actividad explicitada en los estatutos, con exclusión de otras que contribuyen a la consecución del fin social, como pueden ser los ingresos financieros. Si nos guiáramos exclusivamente con criterios funcionales o materiales, sería preciso analizar todos y cada uno de los ingresos y gastos de la sociedad, para dilucidar si podemos calificarlos como típicamente «ordinarios», lo que generaría incertidumbre e inseguridad jurídica. No bastaría, en este caso, con escrutar las tres partidas de ingresos identificadas por la demandada. Ciertamente, no podemos estar a un concepto estrictamente contable de «beneficio propio de la explotación del objeto social», dado que como tal no está contemplado en la normativa contable. Es más, el vigente Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007 (RCL 2007, 2098 y 2386), tampoco reconoce la categoría de «resultados extraordinarios», pues sólo distingue entre «resultados de explotación» y «resultados financieros». Ello no obstante, no podemos prescindir por completo de los criterios contables, en la medida que la base de reparto se determina a partir de lo que resulte de las cuentas anuales aprobadas en junta general y las partidas excluidas por LAMIRSA, al igual que el beneficio del ejercicio 2011, se extraen directamente de la cuenta de pérdidas y ganancias. En consecuencia, entendemos que el Plan General de Contabilidad nos aporta los parámetros fundamentales que nos aproximan al concepto de «beneficio propio de la explotación del objeto social», dado que sí define qué ha de entenderse por «beneficio» o «ingreso extraordinario». De este modo, el PGC de 1990, aprobado por el

Real Decreto 1643/1990 (RCL 1990, 2682 y RCL 1991, 676) –el artículo 348 bis tiene como precedente normas redactadas cuando dicho Plan estaba en vigor–, definía «ingresos extraordinarios» como aquellos «beneficios o ingresos de cuantía significativa que no deban considerarse periódicos al evaluar los resultados futuros de la empresa», añadiendo que «como regla general un beneficio o ingreso se considerará extraordinario únicamente si se origina por hechos o transacciones que, teniendo en cuenta el sector de la actividad en que opera la empresa, cumple las condiciones siguientes: (i) caen fuera de la actividades ordinarias y típicas de la empresa y (ii) no se espera, razonablemente, que ocurran con frecuencia». El nuevo PGC, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por su parte, contempla, en sustitución de los ingresos extraordinarios, la cuenta correspondiente a «ingresos excepcionales», que son definidos como «beneficios e ingresos de carácter excepcional y cuantía significativa», encontrándose entre ellos «los precedentes de aquellos créditos que en su día fueron amortizados por insolvencias firmes». En definitiva, que el ingreso sea ajeno a la actividad típica de la empresa es una condición necesaria para que pueda ser considerado «beneficio extraordinario». No es, sin embargo, un requisito suficiente ni la condición principal, pues tendrá que ser de cuantía significativa, en relación con el importe neto de la cifra de negocio, y tener su origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia».

Este es el marco conceptual en el que debe tomar el registrador mercantil su decisión en caso de que las partes no estén de acuerdo en la concurrencia del requisito exigido por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. De este modo si la sociedad niega la existencia de un «*beneficio propio de la explotación del objeto social*» que sirva de base al ejercicio del derecho de separación alegado por el solicitante, debe acreditar dicha circunstancia a satisfacción del registrador y de acuerdo con los parámetros expuestos. Es doctrina reiteradísima de esta Dirección General (en sede de recursos contra resoluciones de los registradores sobre procedencia de la designación de auditores por aplicación del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, *vide* por todas resoluciones de 17 de abril, 7 de mayo, 8 de septiembre y 28 de octubre de 2015, 16 de junio de 2016 y 2 de febrero de 2017), que cuando la sociedad niegue la concurrencia de los requisitos legales en que el interesado funda su pretensión debe acreditarlo debidamente a fin de no romper el principio de igualdad entre las partes del procedimiento. Consecuentemente, la mera afirmación de parte de que no concurren los requisitos legales o la mera negativa de la prueba aportada por el solicitante no bastan por si solos para desestimar su solicitud.

7. En el expediente que da lugar a la presente, la sociedad aporta un muy sucinto dictamen del que resulta que los beneficios obtenidos tienen el carácter de atípicos o extraordinarios en el sentido de que no derivan de la explotación normal del objeto social sino de operaciones puntuales sobre el patrimonio social.

El solicitante aporta, de contrario, dictamen del que resulta que el resultado es consecuencia de la explotación normal del objeto social. A lo anterior añade que de la cuenta de pérdidas y ganancias resulta un resultado de explotación de 833.430,74 euros a los que se añaden los financieros y el impuesto de sociedades generando un beneficio total de 1.041.403,73 euros.

Resulta indubitado que han existido beneficios durante el ejercicio y que la junta ha acordado destinarlos en su integridad (sin ser preciso), a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores. No habiendo destinado la sociedad parte del beneficio obtenido a la distribución de dividendo, se dan las circunstancias exigidas por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital para el ejercicio del derecho de separación sin que la sociedad haya conseguido desvirtuar esta afirmación en los términos establecidos por la sentencia reseñada. Aun aceptando que parte del beneficio pueda deberse a ingresos extraordinarios, cuestión que no resulta de modo indubitado, lo cierto es que existen beneficios por otros conceptos distintos sin que la sociedad haya justificado en modo alguno porqué deberían detraerse del resultado ordinario del ejercicio, como tampoco ha justificado que el beneficio que se pretende excluir sea de cuantía significativa en relación a la cifra de negocio ni su carácter infrecuente. Además y como pone de relieve el recurrente, de la memoria que conforma las cuentas de la sociedad resulta que no se han producido resultados extraordinarios y que no existen limitaciones para el reparto de dividendos.

8. Por último y aunque el escrito de recurso no hace referencia a esta cuestión, esta Dirección considera oportuno poner de manifiesto la irrelevancia, a los efectos de la presente, del hecho de que parte de las acciones del solicitante estén sujetas a las resultas de un procedimiento judicial del que podría resultar la nulidad del título de adjudicación. Del escrito de solicitud no resulta, como pretende la sociedad, un ejercicio parcial del derecho de separación pues con toda claridad resulta la voluntad del socio de separarse en su integridad.

Establecido lo anterior y siendo indiscutido que el solicitante es titular, en virtud de un título distinto, de otras acciones de la sociedad y que ha ejercido el derecho de separación, el objeto de la presente se limita a poner de manifiesto la procedencia de la designación de un experto a fin de obtener su valor razonable. Será en un momento posterior y una vez determinado aquél cuando cobre importancia si el crédito de separación debe hacerse efectivo sobre un número de acciones u otro o si procederá la satisfacción del valor razonable de las acciones indiscutidas y la consignación del resto en espera de las resultas del procedimiento (art. 356 de la Ley de Sociedades de Capital).

No puede, en consecuencia, afirmarse que exista un ejercicio parcial del derecho de separación, (nada hay en el expediente que sostenga dicha afirmación), sino que ejercitado, existe una indeterminación sobre el número de acciones que ostenta el solicitante; indeterminación que afectará al reembolso

de las acciones, pero no al propio ejercicio del derecho ni a la designación de experto para establecer el valor razonable.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria núm. 1, don Francisco de Asís Fernández Rodríguez de fecha 30 de agosto de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 16 de noviembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Las Palmas de Gran Canaria.

Resolución de 27 de noviembre de 2017

En el expediente 174/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Diez de Septiembre, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 30 de mayo de 2017, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Diez de Septiembre, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor real de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud resulta:

a) Que el día 25 de mayo de 2017 tuvo lugar la junta general ordinaria de la sociedad en la que se aprobaron las cuentas del ejercicio 2016 y se acordó aplicar el resultado a cuenta de la cuota de liquidación de los socios según resulta del acta suscrita por todos los intervinientes cuya copia acompaña.

b) Que en dicha junta no se acordó el reparto de beneficios, con el voto en contra del solicitante, lo que constituye causa de separación *ex* artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, derecho que se ha ejercitado mediante remisión de burofax al liquidador judicial de la compañía, copia del cual se acompaña.

De la copia del acta de la junta de fecha 25 de mayo de 2017 resulta:

a) Que está presente el cien por cien del capital social.

b) Que presentadas a aprobación las cuentas anuales del ejercicio 2016 la junta general acuerda por mayoría no aprobarlas.

c) Que la junta general acuerda por mayoría y con el voto en contra del señor Eugenio Led Lluch, aplicar el resultado correspondiente al ejercicio 2016 a cuenta de sus respectivas cuotas de liquidación. El liquidador se opone al acuerdo por oponerse a las previsiones del Juzgado y ser contrario a la Ley de Sociedades de Capital. Don ….. propone aplicar la parte legalmente prevista a dividendo rechazándose la propuesta por mayoría.

II

El liquidador de la sociedad, designado judicialmente, se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que para que puedan repartirse dividendos es requisito indispensable que las cuentas hayan sido aprobadas lo que no ocurre en el supuesto porque la junta no las aprobó. 2.º Que el pretendido beneficio no tiene su origen en los beneficios propios de explotación. 3.º Que no procede el ejercicio del derecho de separación cuando la sociedad se encuentra en fase de liquidación como consecuencia de una resolución judicial, auto de 20 de diciembre de 2007, por el que se impone la liquidación de la sociedad confirmada por otras posteriores; que por diligencia de ordenación de 27 de mayo de 2016 se acordó la enajenación de una de las fincas que conforman el patrimonio social lo que fue confirmado por acuerdo de la junta de 28 de junio de 2016 y por la junta extraordinaria de 17 de octubre de 2016.

El Registro Mercantil de Barcelona solicitó del liquidador información complementaria.

III

El día 29 de junio de 2017 se presenta en el Registro Mercantil de Barcelona escrito fechado el mismo día en el que doña ….. y don ….. manifiestan que son titulares del 56% del capital social, que se ha celebrado junta general en fecha 27 de junio de 2017 en la que todos los socios, es decir el 100% del capital social, acordaron no oponerse a la separación de don ….. ni a la designación de experto, siendo el liquidador judicial el único que se opone a dicha pretensión.

IV

El registrador mercantil de Barcelona núm. 5, don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz dictó resolución en fecha 7 de agosto de 2017 por la que acordó inadmitir la solicitud y rechazar el nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil. La resolución del registrador mercantil se fundamenta, por un lado en el hecho de que las cuentas anuales no constan aprobadas por lo que no cabe distribución de dividendo y, en segundo lugar, en que de la documentación aportada por el liquidador resulta que la partida de ingresos (de importe 1.510.000 euros), no puede considerarse beneficio propio de explotación al corresponder a la venta de una finca que debe adjudicarse a otra socia de conformidad con la diligencia de ordenación del Juzgado de los Mercantil núm. 5 de Barcelona de 27 de mayo de 2016 y con el acuerdo de la propia junta general de fecha 28 de junio de

2016, como un acto del liquidador de ejecución de las tareas encomendadas por el citado juzgado de lo mercantil.

V

Don ….., por escrito de fecha 19 de septiembre de 2017, que tuvo entrada el día 21 del mismo mes en el Registro Mercantil de Barcelona adonde fue remitido por correo certificado en fecha 20 de septiembre de 2017, según el sello de imposición, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que todos los socios, que representan el 100% del capital social están de acuerdo en la separación del socio y en la designación de experto. 2.º Que el objeto social es la compraventa de fincas por lo que el resultado del ejercicio 2016 es un resultado ordinario. 3.º Que la liquidación de la compañía comporta realizar sus activos por lo que el resultado del ejercicio 2016 es ordinario».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015 y 20 de septiembre y 23 de octubre de 2017.

1. Constituye el objeto de la presente dilucidar si procede la designación de experto independiente al efecto de determinar el valor razonable de las participaciones de un socio que, en ejercicio de su derecho de separación, así lo solicita del registrador mercantil. Son hechos incontestados que resultan del expediente los siguientes:

a) La sociedad se encuentra disuelta y en periodo de liquidación. El liquidador, designado judicialmente, se opone a la designación de experto por contraria al plan de liquidación aprobado por las partes y sancionado en la vía jurisdiccional.

b) La sociedad, por medio del liquidador judicial y de acuerdo a la oportuna diligencia del Juzgado, procedió en el ejercicio 2016 a la enajenación de una finca de su propiedad en el ámbito de las operaciones de liquidación.

c) La junta general ordinaria celebrada en fecha 25 de mayo de 2017 no aprobó las cuentas correspondientes al ejercicio 2016. Sin embargo, la junta general aprobó, con el voto en contra del hoy solicitante y con la opinión con-

traria del liquidador judicial, destinar el resultado por la enajenación de la finca a entrega a cuenta de la cuota de liquidación. El hoy solicitante propone que el resultado del ejercicio se destine a dividendo, propuesta que no es aprobada por la junta general.

d) Los otros dos socios de la sociedad presentan un escrito en el que afirman que la junta general extraordinaria de fecha 27 de junio de 2017 ha acordado por unanimidad no oponerse al ejercicio del derecho de separación ni a la designación de experto independiente, lo que supone que el 100% del capital se encuentra de acuerdo al respecto.

2. Es doctrina de esta Dirección General (*vide* resoluciones de 2 de noviembre de 2010, de 7 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2015), que la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social (*vid.* apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las causas legales de separación de los socios, sino que se permiten otras estatutarias (*cfr.* artículos 346 y 347 de la Ley Sociedades de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones» (sentencia del Tribunal Supremo 63/2011, de 28 de febrero).

La amplitud con la que el legislador ha regulado el derecho de separación se ha extendido, en parte, al régimen jurídico de las sociedades anónimas como resulta de la simple comparación entre el régimen de la derogada Ley (*vide* arts. 147, 149 227 y 320 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), con el vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital. El fundamento en este caso, es la protección de la minoría que aún en sociedades abiertas, como son las sociedades anónimas, precisan de la tutela del ordenamiento cuando las modificaciones impuestas por la mayoría puedan afectar al núcleo de sus derechos individuales.

Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando

concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones o acciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

3. La doctrina expuesta de este Centro Directivo es plenamente respetuosa con la expresada por nuestro Tribunal Supremo que, en su sentencia 32/2006 de 23 enero (seguida por las que luego se citarán), estableció su posición al respecto afirmando que: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. b) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. c) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legalmente previsto mediante e implica una declaración recipticia que debe hacerse llegar a la sociedad. d) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. e) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

4. Junto a los supuestos legales o estatutarios, que podrían denominarse tradicionales en nuestro ordenamiento, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto, que se transcribe más abajo, entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo). Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un *iter* legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017.

Dice así el artículo 348 bis: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas».

Como pone de relieve la sentencia 84/2014, de 21 de marzo de la Audiencia Provincial de La Coruña (sección 4.ª): «Su fundamento radica en que la Ley atribuye a la Junta General de Accionistas la facultad de decidir sobre la aplicación del resultado, si procede el reparto de dividendos, en el caso de que existan beneficios repartibles, que es el derecho en abstracto de los accionistas a participar, por lo que la denegación sistemática y reiterada a lo largo de los años por la mayoría del capital social en Junta puede generar conflictos entre los socios minoritarios, que precisamente el derecho a dividendo es lo que les llevó a participar en la sociedad, concediendo a éstos de tal forma la ley un derecho de separación, cumpliendo determinados requisitos».

La resolución transcrita se hace eco de la afirmaciones contenidas en la sentencia 873/2011 de 7 diciembre de nuestro Tribunal Supremo cuando afirma: «Tratándose en concreto de acuerdos referidos a la aplicación del resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios –a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg–, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo (RJ 2005, 5761), que «[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría»… En este sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 788/1996, de 10 de octubre (RJ 1996, 7063) –el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta–, 215/1997, de 19 de marzo –[s]iendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas»–, y 60/2002, de 30 de enero, «[e]l accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago».

De este modo, la norma viene a objetivar lo que no venía siendo reconocido más que como principio del derecho de sociedades, proporcionando una potente herramienta jurídica a los socios minoritarios en defensa de sus intereses cuando el fin de lucro inherente a las sociedades de capital no se traduce en una adecuada participación de los socios en los beneficios obtenidos.

La regulación delimita adecuadamente los límites en que el derecho debe ser ejercitado (*vide* sentencia 22/2013, de 23 de enero de la Audiencia Provincial de Valencia –sección 9.ª–, sentencia 278/2013, de 18 de noviembre de la Audiencia

Provincial de Guipúzcoa –sección 2.ª–, sentencia 322/2015, de 2 de diciembre de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –sección 4.ª–, y sentencia 97/2015, de 31 de marzo del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián), límites que deben ser contemplados con especial rigor ya que no se escapa a esta Dirección que la facultad atribuida al socio minoritario puede dar a situaciones no deseadas por el legislador y que pueden revestir muy distinta índole.

5. El expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 353 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 experto independiente a que se refiere el artículo 353 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 353 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.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 353 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos la Ley atribuye competencia al registrador para dictar una resolución en la que, estimando la solicitud hecha por quien corresponda y apreciando la concurrencia de los requisitos legales, designar a un experto independiente o adoptar otras medidas sin perjuicio del eventual recurso de alzada ante esta Dirección General de

los Registros y del Notariado o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Precisamente porque el registrador tiene competencia para apreciar la concurrencia de los requisitos legales, esta Dirección General ha reiterado que no procede la estimación de la solicitud cuando del expediente no resulte aquella concurrencia, aun cuando no hubiera existido oposición de la contraparte (*vide* por todas, resolución de 26 de septiembre de 2014).

6. El artículo 34.1 del Código de Comercio establece lo siguiente: «Al cierre del ejercicio, el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la Memoria. Estos documentos forman una unidad...» Más adelante, el artículo 35.2 afirma que: «La cuenta de pérdidas y ganancias recogerá el resultado del ejercicio…».

Por su parte el artículo 273 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que: «1. La junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado. 2. Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta. Si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas. 3. Se prohíbe igualmente toda distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance».

De la regulación legal expuesta resulta, sin asomo de duda, que la decisión sobre el reparto del resultado sólo puede hacerse previa aprobación de la cuenta de resultados que, a su vez, y por formar parte de las cuentas anuales debe ser objeto de aprobación junto al resto de documentos que las integran.

7. A la luz de las consideraciones anteriores resulta con claridad que el recurso no puede prosperar. Sin necesidad de entrar a conocer de cuestiones como si el derecho de separación puede ejercitarse durante el periodo de liquidación de la sociedad, si se puede llevar a cabo una entrega a cuenta de la cuota de liquidación, si la enajenación de un bien en el ámbito de las operaciones de liquidación es o constituye beneficio o el impacto de que existan determinadas decisiones judiciales sobre el modo en que se ha de llevar a cabo la liquidación, lo cierto es que resulta indubitado que las cuentas anuales del ejercicio 2016 no han sido aprobadas por la junta general lo que a su vez impide que exista un acuerdo sobre aplicación del resultado.

No existiendo acuerdo válido sobre la aplicación del resultado por falta de previa aprobación de las cuentas anuales no se produce el supuesto de hecho sobre el que se articula el nacimiento del derecho de separación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. El precepto exige para que el derecho de separación surja que exista un acuerdo sobre la distribución del beneficio social o lo que es lo mismo, sobre la aplicación del resultado, resultado que no existe jurídicamente si las cuentas no han sido objeto de aprobación.

En nada empaña la anterior conclusión el hecho de que se acompañe a la documentación que obra en el expediente un escrito de los otros dos socios por el que prestan su consentimiento al ejercicio del derecho de separación y a la designación de experto. Dejando de lado la valoración que de dicho escrito pueda hacerse en el contexto de una situación de liquidación social dirigida y controlada por el órgano jurisdiccional competente, lo cierto es que la falta de aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio impide que se produzcan las circunstancias precisas para el nacimiento del derecho de separación. Como ha quedado expuesto corresponde al registrador, en el ámbito del expediente administrativo, apreciar dicha concurrencia con independencia de la voluntad expresada de las partes y como ha quedado expuesto, resulta patente la falta de concurrencia del requisito esencial para que pueda nacer el derecho de separación.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona núm. 5, don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz de fecha 7 de agosto de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 27 de noviembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona núm. 5.

Resolución de 28 de noviembre de 2017 (1)

En el expediente 169/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de socios de «Pazovran, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. y don ….., este último además de en nombre propio en representación de doña ….., don ….., don ….. y doña ….., presentaron un escrito de fecha 21 de junio de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Cádiz, en el que tuvo su entrada el día 23 inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de «Pazovran, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor real de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud resulta:

a) Que la familia ….. (que presenta la solicitud) ostenta un porcentaje del 33,25% del capital de la sociedad Pazovran S.L., que junto con otras dos sociedades, explota un hotel.

b) Que desde el año 2014 existen fuertes discrepancias entre dicho grupo social y el otro grupo familiar que ostenta el resto del capital social, existiendo diversos procedimientos judiciales en curso.

c) Que en fecha 28 de abril de 2017 se celebró junta general ordinaria de la sociedad en la que se aprobaron las cuentas correspondientes al ejercicio 2016, así como la aplicación del resultado, y en ella el grupo hoy solicitante voto en contra, tras hacer una propuesta alternativa y advertir de que se llevaría a cabo el ejercicio del derecho de separación. Que así resulta del acta notarial de junta que se acompaña.

d) Que en dicha junta el órgano de administración excluyó del reparto de beneficios (que ascendió a la cantidad de 13.543, 28 euros), la cantidad de 3.135.572,42 euros de beneficios derivados de resultados financieros.

e) Que el acuerdo de reparto de beneficios obtenidos no respeta el contenido del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto la actividad financiera no es ajena al objeto social y no los beneficios obtenidos no pueden excluirse del cómputo de los beneficios ordinarios de la sociedad. Que la sociedad desarrolla su actividad tanto directamente como indirectamente mediante la sociedad Hoteles Arrendados S.L. de la que ostenta el 99,15% y de donde proceden los beneficios en forma de dividendo.

f) Que mediante burofax dirigido a la sociedad el día 25 de mayo de 2017, los solicitantes comunicaron a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación; que reunidos con la sociedad no se ha alcanzado un acuerdo por lo que se presenta la solicitud al Registro Mercantil.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que se opone a la totalidad de los hechos y argumentos contenidos en el escrito de solicitud que no sean aceptados en su propio escrito y, específicamente, al hecho de que no se hayan repartido dividendos. Que la junta de 28 de abril de 2017 acordó la distribución de dividendos en una suma superior al tercio de los beneficios propios de explotación. Que como se les hizo saber a los solicitantes la cantidad repartida como dividendo de 13.543,28 euros representa la totalidad del resultado contable ajustado y el volumen íntegro de la base del impuesto de sociedades. Que la cantidad del dividendo extraordinario (2.870.000 euros) y del dividendo a cuenta (300.000 euros), recibidos de la sociedad Hoteles Arrendados S.L. fueron aplicados según acuerdo de junta general de 6 de septiembre de 2016 a la adquisición de autocartera para su

posterior amortización. Que la corrección o no de la base de cálculo trasciende la competencia del Registro Mercantil que sólo procedería si la sociedad no hubiera acordado la distribución del beneficio. Que es una cuestión a dilucidar en el orden jurisdiccional civil a quien corresponde dilucidar la base de aplicación dejando al campo registral el resto de requisitos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que como señala la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia de 18 de mayo de 2017 no puede designarse experto si existe una previa contienda sobre la pertinencia del derecho de separación. En similares términos la sentencia 7/2015 del Juzgado de lo Mercantil de Zaragoza núm. 1. 3.º Que el órgano de administración entendió en su día que la junta general no podía repartir unos fondos extraordinarios (las cuantías percibidas de Hoteles Arrendados S.L.), y que destinó a la adquisición de autocartera y posterior reducción del capital. Que la sociedad ha sido auditada y no existe tacha alguna del auditor a su contenido. 4.º Que el acuerdo de destinar a autocartera la situación de excedente de liquidez de fecha 5 de septiembre de 2016 fue ejecutado en la propia junta de 28 de abril de 2017, sin que los solicitantes se acogieran a la oferta de la sociedad de adquirir sus participaciones. 5.º Que existen diversos procedimientos judiciales pendientes de impugnación de acuerdos de consejo y de la junta general celebrados entre los ejercicios 2014 y 2016 en los que se solicita la declaración de su nulidad, incluidos el de aprobación de las cuentas anuales y aplicación de resultado de 2015, así como tres querellas criminales. Que ante este cúmulo de procesos judiciales, ninguno terminado por resolución firme, es absolutamente improcedente la elaboración de un informe de valoración de la compañía por lo que se solicita el rechazo de la solicitud y, alternativamente, la suspensión del expediente hasta que devengan firmes los procedimientos judiciales en curso.

III

El registrador mercantil de Cádiz núm. 2, don Rafael Jesús Rojas Baena dictó resolución en fecha 24 de julio de 2017 por la que acordó admitir la oposición y desestimar el nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Doña ….. y don ….., este último además en la representación que ostenta de doña ….., don ….., don ….. y doña ….., por escrito de fecha 1 de septiembre de 2017, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: «1.º Que la sociedad en ningún momento aporta argumento alguno para justificar la exclusión de los resultados financieros obtenidos en el ejercicio 2016 del beneficio de explotación. 2.º Que la resolución del registrador mercantil no valora el dictamen que se unió a la solicitud ni ofrece argumentos en contrario lo que produce indefensión a la parte recurrente. 3.º Que el argumento principal de la sociedad, el destino del beneficio obtenido a la adquisición de autocartera, no se sostiene pues para ello sería preciso que tales beneficios constasen en balance sin que sea posible repartir una liquidez no contabilizada; que la operación de reducción se hizo pues en base a reservas no contabilizadas. Que no existe justificación para la exclusión de los beneficios del dividendo obtenido por la sociedad. Que se acompaña un informe de un despacho de abogados que corrobora las anteriores afirmaciones y, especialmente, que la sociedad no podía disponer de las reservas no contabilizadas. 4.º Que como resulta de la sentencia de la Audiencia de Barcelona de 23 de marzo de 2015 la actividad financiera no es ajena al objeto social; que

si los beneficios financieros fueran excluibles se produciría una ausencia reiterada del dividendo que es precisamente lo que intenta evitar el artículo 348 bis. 5.º Que se puede alcanzar una conclusión jurídica clara sobre la violación del artículo 348 bis por parte de la sociedad lo que no supone en absoluto extralimitación de las funciones del registrador que tiene legal y reglamentariamente atribuidas competencias para verificarlo haciendo efectiva la seguridad jurídica preventiva que sería imposible si siempre hiciese falta un previo pronunciamiento judicial. Que la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia ni causa precedente ni aporta argumentos en contrario como tampoco la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Zaragoza que nada tiene que ver con el procedimiento. Que de seguirse dicha tesis, que implica la aquiescencia de la sociedad, se haría ilusorio el derecho de la minoría dejando vacía la competencia de los registradores, la previsión legal y el concepto de seguridad jurídica preventiva. Que si existe un derecho de veto de la sociedad se viola la previsión de la Ley y la interpretación del Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de enero de 2006 que afirma rotundamente que el ejercicio del derecho de separación no depende ni requiere el consentimiento de la sociedad. Que por el contrario, y dado que la decisión del registrador no produce efecto de cosa juzgada, será la sociedad la que tendrá que ejercer judicialmente las acciones que estime oportunas. 6.º Que no existe pendencia judicial alguna relevante a los efectos del procedimiento pues la mera existencia de impugnaciones judiciales no lo supone. Que los acuerdos de la junta de 28 de abril de 2017 no están impugnados. 7.º Que el dictamen jurídico que en su día se acompañó a la solicitud está emitido por persona de gran prestigio.

Con posterioridad, los propios solicitantes, han aportado escrito adicional de alegaciones de fecha 25 de septiembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015 y 20 de septiembre y 23 de octubre de 2017.

1. Constituye el objeto de la presente dilucidar si procede o no la designación de experto independiente a fin de determinar el valor razonable de las acciones de un conjunto de socios de una sociedad anónima que así lo solicitan, en ejercicio de su derecho de separación ejercitado de conformidad con la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Es doctrina de esta Dirección General (*vide* resoluciones de 2 de noviembre de 2010, de 7 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2015), que la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las socieda-

des de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social (*vid.* apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las causas legales de separación de los socios, sino que se permiten otras estatutarias (*cfr.* artículos 346 y 347 de la Ley Sociedades de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones» (sentencia del Tribunal Supremo 63/2011, de 28 de febrero).

La amplitud con la que el legislador ha regulado el derecho de separación se ha extendido, en parte, al régimen jurídico de las sociedades anónimas como resulta de la simple comparación entre el régimen de la derogada Ley (*vide* artículos 147, 149 227 y 320 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), con el vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital. El fundamento en este caso, es la protección de la minoría que aún en sociedades abiertas, como son las sociedades anónimas, precisan de la tutela del ordenamiento cuando las modificaciones impuestas por la mayoría puedan afectar al núcleo de sus derechos individuales.

Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones o acciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

3. La doctrina expuesta de este Centro Directivo es plenamente respetuosa con la expresada por nuestro Tribunal Supremo que, en su sentencia 32/2006 de 23 enero (seguida por las que luego se citarán), estableció su posición al respecto afirmando que: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. b) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los

términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. c) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legalmente previsto mediante e implica una declaración recipticia que debe hacerse llegar a la sociedad. d) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. e) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

4. Junto a los supuestos legales o estatutarios, que podrían denominarse tradicionales en nuestro ordenamiento, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto, que se transcribe más abajo, entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo). Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un *iter* legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017.

Dice así el artículo 348 bis: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas».

Como pone de relieve la sentencia 84/2014, de 21 de marzo de la Audiencia Provincial de La Coruña (sección 4.ª): «Su fundamento radica en que la Ley atribuye a la Junta General de Accionistas la facultad de decidir sobre la aplicación del resultado, si procede el reparto de dividendos, en el caso de que existan beneficios repartibles, que es el derecho en abstracto de los accionistas a participar, por lo que la denegación sistemática y reiterada a lo largo de los años por la mayoría del capital social en Junta puede generar conflictos entre los socios minoritarios, que precisamente el derecho a dividendo es lo que les llevó a participar en la sociedad, concediendo a éstos de tal forma la ley un derecho de separación, cumpliendo determinados requisitos».

La resolución transcrita se hace eco de la afirmaciones contenidas en la sentencia 873/2011 de 7 diciembre de nuestro Tribunal Supremo cuando afirma: «Tratándose en concreto de acuerdos referidos a la aplicación del

resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios –a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg–, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo (RJ 2005, 5761), que «[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría»… En este sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 788/1996, de 10 de octubre (RJ 1996, 7063) –el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta–, 215/1997, de 19 de marzo –[s]iendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas»–, y 60/2002, de 30 de enero, «[e]l accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago».

De este modo, la norma viene a objetivar lo que no venía siendo reconocido más que como principio del derecho de sociedades, proporcionando una potente herramienta jurídica a los socios minoritarios en defensa de sus intereses cuando el fin de lucro inherente a las sociedades de capital no se traduce en una adecuada participación de los socios en los beneficios obtenidos.

La regulación delimita adecuadamente los límites en que el derecho debe ser ejercitado (*vide* sentencia 22/2013, de 23 de enero de la Audiencia Provincial de Valencia –sección 9.ª–, sentencia 278/2013, de 18 de noviembre de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa –sección 2.ª–, sentencia 322/2015, de 2 de diciembre de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –sección 4.ª–, y sentencia 97/2015, de 31 de marzo del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián), límites que deben ser contemplados con especial rigor ya que no se escapa a esta Dirección que la facultad atribuida al socio minoritario puede dar a situaciones no deseadas por el legislador y que pueden revestir muy distinta índole.

5. El expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 353 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 experto independiente a que se refiere el artículo 353 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 353 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.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 353 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos la Ley atribuye competencia al registrador para dictar una resolución en la que, estimando la solicitud hecha por quien corresponda y apreciando la concurrencia de los requisitos legales, designar a un experto independiente o adoptar otras medidas sin perjuicio del eventual recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Precisamente porque el registrador tiene competencia para apreciar la concurrencia de los requisitos legales, esta Dirección General ha reiterado que no procede la estimación de la solicitud cuando del expediente no resulte aquella concurrencia, aun cuando no hubiera existido oposición de la contraparte (*vide* por todas, resolución de 26 de septiembre de 2014).

La doctrina expuesta es plenamente coherente con la atribución legal de competencias que a los registradores ha realizado la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en cuya disposición final decimocuarta se hace

expresa atribución competencial a los registradores mercantiles en cuestiones que hasta dicho momento correspondía a los jueces). Como pone de relieve su Exposición de Motivos: «La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una Ley de la Jurisdicción Voluntaria forma parte del proceso general de modernización del sistema positivo de tutela del Derecho privado… resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales… Buscando dar una respuesta idónea a las cuestiones anteriores, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, conforme con la experiencia de otros países, pero también atendiendo a nuestras concretas necesidades, y en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados. La solución legal dada es acorde con los postulados de nuestra Carta Magna y, además, oportuna en atención a diferentes factores. El prestigio adquirido a lo largo de los años por estos Cuerpos de funcionarios entre los ciudadanos es un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados, como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica, sin olvidar el hecho de que muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto obtener la certeza sobre el estado o modo de ser de determinados negocios, situaciones o relaciones jurídicas que dichos profesionales están en inmejorable condición para apreciarlos adecuadamente…».

En definitiva, el reconocimiento legal confirma la pertinencia de la atribución competencial, su carácter constitucional, la ausencia de violación de principios constitucionales, así como la ausencia de merma de garantías legales.

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017. Al respecto es preciso poner de manifiesto que ni

resulta del expediente su firmeza ni, en cualquier caso, constituye doctrina legal. Además existen pronunciamientos contrarios como la sentencia de 26 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla de la que resulta la conclusión contraria.

Pero es que aunque así no fuera esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones (resoluciones 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), en materia de recursos contra la designación de auditores en aplicación de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que solo procede la suspensión del procedimiento cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría, se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas o bien de un porcentaje sobre un conjunto de ellas. El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida este siendo ejercitada por los Tribunales impide que esta Dirección se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto. Los mismos razonamientos son aplicables a los distintos supuestos en que corresponde al registrador determinar la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para la designación de experto independiente.

6. Como resulta de la dicción del artículo 348 bis es presupuesto básico de existencia del derecho de separación que la junta general haya tomado la decisión de no repartir dividendo de al menos «*un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.*» El beneficio pues, no sólo ha de ser legalmente repartible (*vide* artículos 273 y 326 de la Ley de Sociedades de Capital), sino que ha de proceder de la explotación del objeto social.

El concepto de lo que debe considerarse como beneficio propio de la explotación ha sido debidamente tratado por la sentencia número 81/2015 de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.ª), cuyo criterio, que esta Dirección debe aplicar, es el siguiente: «La doctrina, al analizar el artículo 348 bis, considera que para determinar el « beneficio propio de la explotación del objeto social» habrá que excluir los «beneficios extraordinarios o atípicos», valorando a tal efecto la interpretación que se venía haciendo del artículo 128 de la LSC y la justificación de la enmienda que modificó la Ley. Compartimos ese criterio, que también es aceptado por las partes, por lo que para fijar la base de reparto de la que se obtiene el tercio legal habrá que partir del resultado del ejercicio y depurarlo mediante la eliminación de los beneficios extraordinarios. A partir de ahí, no podemos compartir el criterio de la demandada, acogido sustancialmente por la sentencia apelada, que identifica «beneficio propio de la explotación del objeto social» con el beneficio que una compañía obtiene con su actividad ordinaria, esto es, con la que define el objeto social. Según LAMIR S.A. hay que adentrase en la sustancia

económica de cada operación: beneficio ordinario será aquel que procede de operaciones vinculadas al objeto social y beneficio extraordinario el obtenido con operaciones ajenas o extrañas al mismo. Sólo los primeros, al entender de la demandada, han de ponderar para determinar «beneficio propio de la explotación del objeto social» Además, el círculo se cierra, a nuestro modo de ver de forma incorrecta, cuando se constriñe el objeto de la sociedad a la actividad explicitada en los estatutos, con exclusión de otras que contribuyen a la consecución del fin social, como pueden ser los ingresos financieros. Si nos guiáramos exclusivamente con criterios funcionales o materiales, sería preciso analizar todos y cada uno de los ingresos y gastos de la sociedad, para dilucidar si podemos calificarlos como típicamente «ordinarios», lo que generaría incertidumbre e inseguridad jurídica. No bastaría, en este caso, con escrutar las tres partidas de ingresos identificadas por la demandada. Ciertamente, no podemos estar a un concepto estrictamente contable de «beneficio propio de la explotación del objeto social», dado que como tal no está contemplado en la normativa contable. Es más, el vigente Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007 (RCL 2007, 2098 y 2386), tampoco reconoce la categoría de «resultados extraordinarios», pues sólo distingue entre «resultados de explotación» y «resultados financieros». Ello no obstante, no podemos prescindir por completo de los criterios contables, en la medida que la base de reparto se determina a partir de lo que resulte de las cuentas anuales aprobadas en junta general y las partidas excluidas por LAMIRSA, al igual que el beneficio del ejercicio 2011, se extraen directamente de la cuenta de pérdidas y ganancias. En consecuencia, entendemos que el Plan General de Contabilidad nos aporta los parámetros fundamentales que nos aproximan al concepto de «beneficio propio de la explotación del objeto social», dado que sí define qué ha de entenderse por «beneficio» o «ingreso extraordinario». De este modo, el PGC de 1990, aprobado por el Real Decreto 1643/1990 (RCL 1990, 2682 y RCL 1991, 676) –el artículo 348 bis tiene como precedente normas redactadas cuando dicho Plan estaba en vigor–, definía « ingresos extraordinarios» como aquellos «beneficios o ingresos de cuantía significativa que no deban considerarse periódicos al evaluar los resultados futuros de la empresa», añadiendo que «como regla general un beneficio o ingreso se considerará extraordinario únicamente si se origina por hechos o transacciones que, teniendo en cuenta el sector de la actividad en que opera la empresa, cumple las condiciones siguientes: (i) caen fuera de la actividades ordinarias y típicas de la empresa y (ii) no se espera, razonablemente, que ocurran con frecuencia». El nuevo PGC, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por su parte, contempla, en sustitución de los ingresos extraordinarios, la cuenta correspondiente a «ingresos excepcionales», que son definidos como « beneficios e ingresos de carácter excepcional y cuantía significativa», encontrándose entre ellos «los precedentes de aquellos créditos que en su día fueron amortizados por insolvencias firmes». En definitiva, que el ingreso sea ajeno a la actividad típica de la

empresa es una condición necesaria para que pueda ser considerado «beneficio extraordinario». No es, sin embargo, un requisito suficiente ni la condición principal, pues tendrá que ser de cuantía significativa, en relación con el importe neto de la cifra de negocio, y tener su origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia».

Este es el marco conceptual en el que debe tomar el registrador mercantil su decisión en caso de que las partes no estén de acuerdo en la concurrencia del requisito exigido por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. De este modo si la sociedad niega la existencia de un «*beneficio propio de la explotación del objeto social*» que sirva de base al ejercicio del derecho de separación alegado por el solicitante, debe acreditar dicha circunstancia a satisfacción del registrador y de acuerdo con los parámetros expuestos. Es doctrina reiteradísima de esta Dirección General (en sede de recursos contra resoluciones de los registradores sobre procedencia de la designación de auditores por aplicación del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, *vide* por todas resoluciones de 17 de abril, 7 de mayo, 8 de septiembre y 28 de octubre de 2015, 16 de junio de 2016 y 2 de febrero de 2017), que cuando la sociedad niegue la concurrencia de los requisitos legales en que el interesado funda su pretensión debe acreditarlo debidamente a fin de no romper el principio de igualdad entre las partes del procedimiento. Consecuentemente, la mera afirmación de parte de que no concurren los requisitos legales o la negativa de la prueba aportada por el solicitante no bastan por si solos para desestimar su solicitud.

7. A la luz de las consideraciones anteriores resulta con toda claridad que el recurso debe estimarse.

En primer lugar, porque es incontestable que el registrador mercantil ostenta competencia para determinar si concurren los requisitos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital para apreciar la existencia de un supuesto de derecho de separación y proceder en consecuencia, a instancia de persona legitimada, al nombramiento de experto. De igual modo es incontestable que esta Dirección General de los Registros y del Notariado ostenta competencia para resolver sobre el recurso que al efecto se ha entablado, sin perjuicio de la salvaguarda del derecho de la sociedad a ejercer el derecho de impugnación, en vía jurisdiccional, de la presente (arts. 112, 114 y 121 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

En segundo lugar, no concurre motivo de litispendencia, como alegó en su día la sociedad, que fundamente la suspensión o abstención de conocimiento de esta Dirección General. Ciertamente es un hecho acreditado la existencia de distintos procedimientos judiciales entre las partes, pero ninguno de ellos afecta al acuerdo de distribución de dividendos por debajo del límite establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que ampara el ejercicio del derecho de separación. No resulta del expediente que dicha cuestión esté siendo objeto de conocimiento por los Tribunales de Justicia por lo

que no existe motivo alguno de suspensión ni de abstención de conocimiento por esta Administración. Entenderlo de otro modo dejaría en manos de la sociedad, por el mero hecho de manifestar la existencia de una discrepancia, el ejercicio de un derecho que la Ley reconoce al socio minoritario y cuyos fundamentos han sido acreditados en el expediente.

En tercer lugar, resulta patente que el acuerdo de distribución de beneficios dejando fuera de ellos los procedentes del dividendo obtenido, ingresos financieros, contradice frontalmente el contenido del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, así como la interpretación que del mismo ha hecho la sentencia número 81/2015 de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.ª), citada por la propia sociedad. Como resulta de su acertado análisis, ni los beneficios financieros por dividendo pueden ser excluidos del concepto de beneficios propios de explotación, ni la sociedad ha acreditado la concurrencia del resto de requisitos (desproporción en relación a la cuantía del importe neto de la cifra de negocio ni su carácter infrecuente), que justifiquen su exclusión. Por otro lado, tiene razón la parte recurrente cuando alega que el contenido de la sentencia también citada por la sociedad, sentencia 7/2015, de 13 de enero del Juzgado Mercantil núm. 1 de Zaragoza, se refiere a cuestiones que nada tienen que ver con el objeto de la presente (valor jurídico de la norma estatutaria contraria al contenido de la norma legal que ha sido objeto de modificación posterior).

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Cádiz núm. 2, don Rafael Jesús Rojas Baena de fecha 24 de julio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 28 de noviembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Cádiz.

Resolución de 28 de noviembre de 2017 (2)

En el expediente 175/2017 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Nilla BCN 2000, S.L.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 28 de septiembre de 2017, con entrada en este Ministerio el mismo día 28 de septiembre, el registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, de conformidad con lo establecido en el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil, remite a esta Dirección General expediente en relación con el nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2016 de la sociedad «Nilla BCN, 2000, S.L.», concurriendo circunstancias excepcionales previstas en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

II

Forman parte de dicho expediente la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 19 de julio de 2017, formulada por don ….., así como la resolución de fecha 28 de septiembre de 2017 del registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, resolviendo sobre la procedencia de tal nombramiento y elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 19 de julio de 2017 formulada por don ….., y según manifiesta el interesado, resulta, en esencia, que:

1.º La citada sociedad es una sociedad patrimonial (o holding) cuya actividad se circunscribe a la tenencia de participaciones de las compañías mercantiles «Icarstija, S.L.U.», «Butano Gabarro, S.L.U.» y «Deltabarna, S.L.U», que explotan los negocios cuya titularidad corresponde a «Nilla BCN 2000, S.L.», quien ostenta el cien por cien del capital social de las mismas.

2.º Que en el año 2016 solicitó al Registro Mercantil el nombramiento de auditor para que efectuase la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2015 de la sociedad «Nilla BCN 2000, S.L.», resultando que el auditor que fue designado para dicha tarea formuló, entre otras, la siguiente salvedad: «Con respecto al área de inversiones financieras en Empresas del grupo, se ha constatado que el valor patrimonial de las participadas, según sus cuentas anuales presentadas en el Registro, es superior al contabilizado en esta área. No obstante, estas cuentas anuales no han sido auditadas dado que no era la finalidad de este encargo. Por lo que tenemos una incertidumbre de que el valor de las inversiones de Nilla BCN 2000, S.L. sea el correcto».

3.º Que el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil expone que cuando concurren circunstancias especiales, el Registrador Mercantil podrá solicitar de la Dirección General de los Registros y del Notariado la designación de auditor para proceder a su nombramiento sin seguir el procedimiento establecido en el artículo 355 del mismo texto legal.

4.º Que considera necesario que el auditor de cuentas que se nombre para la sociedad «Nilla BCN 2000, S.L.» sea el mismo que se ha nombrado para la revisión de las cuentas anuales de las sociedades participadas, en aras a la agilidad y buena ejecución del trabajo de revisión de dichas cuentas anuales, entendiendo que concurren circunstancias excepciona-

les que motivan la aplicación de lo dispuesto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

5.º En virtud de lo anterior, solicita el interesado que se proceda al nombramiento de don ….., con inscripción en el ROAC número 11633, como auditor para verificar las cuentas anuales de la sociedad «Nilla BCN 2000, S.L.» correspondientes al ejercicio 2016.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, resolvió con fecha 28 de septiembre de 2017 sobre la procedencia de tal nombramiento y elevó el expediente a esta Dirección General. En concreto, resuelve que dada la concurrencia de las circunstancias especiales expuesta por el promotor del expediente y a la vista del contenido del artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, podría resultar procedente el nombramiento de auditor solicitado, en la persona de don ….., para que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 de la sociedad «Nilla BCN 2000, S.L.».

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 sólo 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 a que se refiere el número III de los Hechos resultan las circunstancias por las que se solicita la aplicación del procedimiento excepcional de nombramiento, y que no se reiteran por haber sido ya reproducidas en dicho número.

3. Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, resolvió con fecha 28 de septiembre de 2017 sobre la procedencia de tal nombramiento, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y de la resolución del registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, de fecha 28 de septiembre de 2017, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor por cuanto concurren presupuestos reveladores de la conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales de la sociedad peticionaria del ejercicio 2016 sea hecha por la misma auditora que se ha nombrado para la revisión de las cuentas anuales de las sociedades parti-

cipadas, lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante.

Consecuencia de lo anterior, procede que esta Dirección General 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 en este punto.

En su virtud, esta Dirección General resuelve:

1.º Confirmar la procedencia de la aplicación del procedimiento excepcional previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil para la designación de auditor de cuentas de la «Nilla BCN 2000, S.L.»., a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al Registro Mercantil de Barcelona al nombramiento de don ….. para que lleve a cabo las labores de auditoría correspondientes al ejercicio 2016, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al Registro Mercantil de Barcelona a fin de que proceda al referido nombramiento.

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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 28 de noviembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 28 de noviembre de 2017 (3)

En el expediente 177/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de socios de «Fontepazo, S.L.»

HECHOS

I

Doña ….. y don ….., este último además de en nombre propio en representación de doña ….., don ….., don ….. y doña ….., presentaron un escrito de fecha 15 de junio de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 27 inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de «Fontepazo, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor real de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y de la documentación que la acompaña, resulta:

a) Que la familia Zapata Arenzana (que presenta la solicitud) ostenta un porcentaje del 26,0269% del capital de la sociedad «Fontepazo S.L.», que junto con otras sociedades, explota distintas propiedades en la ciudad de Sevilla.

b) Que desde el año 2014 existen fuertes discrepancias entre dicho grupo social y el otro grupo familiar que ostenta el resto del capital social, existiendo diversos procedimientos judiciales en curso.

c) Que en fecha 28 de abril de 2017 se celebró junta general ordinaria de la sociedad en la que se aprobaron las cuentas correspondientes al ejercicio 2016, así como la aplicación del resultado, y en ella el grupo hoy solicitante voto en contra, tras hacer una propuesta alternativa y advertir de que se llevaría a cabo el ejercicio del derecho de separación. Que así resulta del acta notarial de junta que se acompaña.

d) Que en dicha junta el órgano de administración excluyó del reparto de beneficios los beneficios derivados de los resultados financieros.

e) Que el acuerdo de reparto de beneficios obtenidos no respeta el contenido del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto la actividad financiera no es ajena al objeto social y no los beneficios obtenidos no pueden excluirse del cómputo de los beneficios ordinarios de la sociedad.

f) Que mediante burofax dirigido a la sociedad el día 25 de mayo de 2017, los solicitantes comunicaron a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación; que reunidos con la sociedad no se ha alcanzado un acuerdo por lo que se presenta la solicitud al Registro Mercantil.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que se opone a la totalidad de los hechos y argumentos contenidos en el escrito de solicitud que no sean aceptados en su propio escrito y, específicamente, al hecho de que no se hayan repartido dividendos. Que la junta de 28 de abril de 2017 acordó la distribución de dividendos en una suma igual al tercio de los beneficios. Que como se les hizo saber a los solicitantes la cantidad repartida como dividendo representa un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social. Que la diferencia entre la base de reparto de los beneficios y la propuesta por los socios es muy pequeña (2.672,04 euros), por lo que la sociedad mostró su disposición a designar un experto que determinase la base de reparto. Que la corrección o no de la base de cálculo trasciende la competencia del Registro Mercantil que sólo procedería si la sociedad no hubiera acordado la distribución del beneficio. Que es una cuestión a dilucidar en el orden jurisdiccional civil a quien corresponde dilucidar la base de aplicación dejando al

campo registral el resto de requisitos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que como señala la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia de 18 de mayo de 2017 no puede designarse experto si existe una previa contienda sobre la pertinencia del derecho de separación. En similares términos la sentencia 7/2015 del Juzgado de lo Mercantil de Zaragoza núm. 1. 3.º Que la cantidad repartida asciende a 15.577,81 euros y los peticionarios la determinan en 18.249,85 que da la diferencia antes expresada; que se trata de una diferencia absurda y que en todo caso responde a una disparidad de criterios en la determinación de la base de cálculo. Que habiendo repartido un tercio de los beneficios propios del ejercicio no hay incumplimiento del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que la sociedad ha sido auditada y las cuentas depositadas. 4.º Que los solicitantes ocultan que la querella criminal ha sido sobreseída por el juzgado. Que existiendo controversia judicial sobre los resultados económicos del año 2015 y las cuentas del ejercicio 2016, que están impugnadas por los solicitantes, así como otra querella criminal contra el consejo de administración y otro procedimiento relativo a determinadas permutas de participaciones sociales. Que ante este cúmulo de procesos judiciales, ninguno terminado por resolución firme, es absolutamente improcedente la elaboración de un informe de valoración de la compañía por lo que se solicita el rechazo de la solicitud y, alternativamente, la suspensión del expediente hasta que devengan firmes los procedimientos judiciales en curso.

Dado traslado del escrito por el registrador mercantil, los solicitantes han aportado escrito adicional de alegaciones de fecha 29 de agosto de 2017 en el que se corroboran en sus argumentos y solicitud.

III

El registrador mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 5 de septiembre de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y estimar el nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don….., letrado, en representación de la sociedad «Fontepazo S.L.», por escrito de fecha 2 de octubre 2017, que tuvo entrada el día 4 inmediato 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 el registrador prejuzga el asunto (la cuantía de la base), siendo así que el registrador no debe entrar a analizar el contenido del acuerdo de reparto de beneficios ni de la base de cálculo y si lo hace invade competencias de la jurisdicción ordinaria con cita de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia núm. 1 de 18 de mayo de 2017 que se transcribe por extenso. Que el señor registrador lleva a cabo una acción de juzgar que le está vedada privando al justiciable de dirimir una controversia en el orden jurisdiccional competente. Que la resolución citada por el señor registrador de 14 de mayo de 2015 no es aplicable por cuanto se refería a un derecho de separación derivado de una modificación del objeto social que era notoria a diferencia del supuesto de hecho. 2.º Que la sentencia citada de la Audiencia de Barcelona es sólo una sentencia y no está acompañada ni de otras sentencias de Audiencia ni del Tribunal Supremo; que además se dictó en un procedimiento con todas las garantías legales y no es un simple procedimiento administrativo. Que de la propia sentencia resulta que es una materia que exige un análisis y una actividad probatoria propia del proceso judicial. Que a lo anterior hay que

añadir la existencia de procedimientos judiciales pendientes que pueden afectar al resultado del expediente por cuanto estando impugnadas las cuentas del ejercicio 2015, las cuentas del ejercicio 2016 se verían afectadas y no podría ejercerse derecho de separación alguno porque el derecho de los solicitantes no habría nacido. Que además existe una querella interpuesta contra el consejo de administración que podría redundar en las cuentas anuales. Que en definitiva existe prejudicialidad civil y penal».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015 y 20 de septiembre y 23 de octubre de 2017.

1. Constituye el objeto de la presente dilucidar si procede o no la designación de experto independiente a fin de determinar el valor razonable de las participaciones de un conjunto de socios de una sociedad de responsabilidad limitada que así lo solicitan, en ejercicio de su derecho de separación ejercitado de conformidad con la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Es doctrina de esta Dirección General (*vide* resoluciones de 2 de noviembre de 2010, de 7 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2015), que la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social (*vid.* apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las causas legales de separación de los socios, sino que se permiten otras estatutarias (*cfr.* artículos 346 y 347 de la Ley Sociedades de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de

sus derechos, mayorías de decisión, etc. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones» (sentencia del Tribunal Supremo 63/2011, de 28 de febrero).

La amplitud con la que el legislador ha regulado el derecho de separación se ha extendido, en parte, al régimen jurídico de las sociedades anónimas como resulta de la simple comparación entre el régimen de la derogada Ley (*vide* artículos 147, 149 227 y 320 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), con el vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital. El fundamento en este caso, es la protección de la minoría que aún en sociedades abiertas, como son las sociedades anónimas, precisan de la tutela del ordenamiento cuando las modificaciones impuestas por la mayoría puedan afectar al núcleo de sus derechos individuales.

Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones o acciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

3. La doctrina expuesta de este Centro Directivo es plenamente respetuosa con la expresada por nuestro Tribunal Supremo que, en su sentencia 32/2006 de 23 enero (seguida por las que luego se citarán), estableció su posición al respecto afirmando que: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. b) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. c) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legalmente previsto mediante e implica una declaración recipticia que debe hacerse llegar a la sociedad. d) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. e) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

4. Junto a los supuestos legales o estatutarios, que podrían denominarse tradicionales en nuestro ordenamiento, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto, que se transcribe más abajo, entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo). Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un *iter* legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017.

Dice así el artículo 348 bis: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas».

Como pone de relieve la sentencia 84/2014, de 21 de marzo de la Audiencia Provincial de La Coruña (sección 4.ª): «Su fundamento radica en que la Ley atribuye a la Junta General de Accionistas la facultad de decidir sobre la aplicación del resultado, si procede el reparto de dividendos, en el caso de que existan beneficios repartibles, que es el derecho en abstracto de los accionistas a participar, por lo que la denegación sistemática y reiterada a lo largo de los años por la mayoría del capital social en Junta puede generar conflictos entre los socios minoritarios, que precisamente el derecho a dividendo es lo que les llevó a participar en la sociedad, concediendo a éstos de tal forma la ley un derecho de separación, cumpliendo determinados requisitos».

La resolución transcrita se hace eco de la afirmaciones contenidas en la sentencia 873/2011 de 7 diciembre de nuestro Tribunal Supremo cuando afirma: «Tratándose en concreto de acuerdos referidos a la aplicación del resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios –a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg–, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo (RJ 2005, 5761), que «[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría»… En este sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 788/1996, de 10 de octubre (RJ 1996, 7063) –el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal

Junta–, 215/1997, de 19 de marzo –[s]iendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas»–, y 60/2002, de 30 de enero, «[e]l accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago».

De este modo, la norma viene a objetivar lo que no venía siendo reconocido más que como principio del derecho de sociedades, proporcionando una potente herramienta jurídica a los socios minoritarios en defensa de sus intereses cuando el fin de lucro inherente a las sociedades de capital no se traduce en una adecuada participación de los socios en los beneficios obtenidos.

La regulación delimita adecuadamente los límites en que el derecho debe ser ejercitado (*vide* sentencia 22/2013, de 23 de enero de la Audiencia Provincial de Valencia –sección 9.ª–, sentencia 278/2013, de 18 de noviembre de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa –sección 2.ª–, sentencia 322/2015, de 2 de diciembre de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –sección 4.ª–, y sentencia 97/2015, de 31 de marzo del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián), límites que deben ser contemplados con especial rigor ya que no se escapa a esta Dirección que la facultad atribuida al socio minoritario puede dar a situaciones no deseadas por el legislador y que pueden revestir muy distinta índole.

5. El expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 353 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 experto independiente a que se refiere el artículo 353 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 353 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.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 353 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos la Ley atribuye competencia al registrador para dictar una resolución en la que, estimando la solicitud hecha por quien corresponda y apreciando la concurrencia de los requisitos legales, designar a un experto independiente o adoptar otras medidas sin perjuicio del eventual recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Precisamente porque el registrador tiene competencia para apreciar la concurrencia de los requisitos legales, esta Dirección General ha reiterado que no procede la estimación de la solicitud cuando del expediente no resulte aquella concurrencia, aun cuando no hubiera existido oposición de la contraparte (*vide* por todas, resolución de 26 de septiembre de 2014).

La doctrina expuesta es plenamente coherente con la atribución legal de competencias que a los registradores ha realizado la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en cuya disposición final decimocuarta se hace expresa atribución competencial a los registradores mercantiles en cuestiones que hasta dicho momento correspondía a los jueces). Como pone de relieve su Exposición de Motivos: «La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una Ley de la Jurisdicción Voluntaria forma parte del proceso general de modernización del sistema positivo de tutela del Derecho privado… resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales… Buscando dar una respuesta idónea a las cuestiones anteriores, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, conforme con la experiencia de otros países, pero también atendiendo a nuestras concretas necesidades, y en la búsqueda de la

optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados. La solución legal dada es acorde con los postulados de nuestra Carta Magna y, además, oportuna en atención a diferentes factores. El prestigio adquirido a lo largo de los años por estos Cuerpos de funcionarios entre los ciudadanos es un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados, como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica, sin olvidar el hecho de que muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto obtener la certeza sobre el estado o modo de ser de determinados negocios, situaciones o relaciones jurídicas que dichos profesionales están en inmejorable condición para apreciarlos adecuadamente…».

En definitiva, el reconocimiento legal confirma la pertinencia de la atribución competencial, su carácter constitucional, la ausencia de violación de principios constitucionales, así como la ausencia de merma de garantías legales.

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017. Al respecto es preciso poner de manifiesto que ni resulta del expediente su firmeza ni, en cualquier caso, constituye doctrina legal. Además existen pronunciamientos contrarios como la sentencia de 26 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla de la que resulta la conclusión contraria.

Pero es que aunque así no fuera esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones (resoluciones 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), en materia de recursos contra la designación de auditores en aplicación de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que sólo 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 judi-

cial 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. El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida este siendo ejercitada por los Tribunales impide que esta Dirección se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto. Los mismos razonamientos son aplicables a los distintos supuestos en que corresponde al registrador determinar la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para la designación de experto independiente.

6. Como resulta de la dicción del artículo 348 bis es presupuesto básico de existencia del derecho de separación que la junta general haya tomado la decisión de no repartir dividendo de al menos «un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.» El beneficio pues, no sólo ha de ser legalmente repartible (*vide* artículos 273 y 326 de la Ley de Sociedades de Capital), sino que ha de proceder de la explotación del objeto social.

El concepto de lo que debe considerarse como beneficio propio de la explotación ha sido debidamente tratado por la sentencia número 81/2015 de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.ª), cuyo criterio, que esta Dirección debe aplicar, es el siguiente: «La doctrina, al analizar el artículo 348 bis, considera que para determinar el «beneficio propio de la explotación del objeto social» habrá que excluir los «beneficios extraordinarios o atípicos», valorando a tal efecto la interpretación que se venía haciendo del artículo 128 de la LSC y la justificación de la enmienda que modificó la Ley. Compartimos ese criterio, que también es aceptado por las partes, por lo que para fijar la base de reparto de la que se obtiene el tercio legal habrá que partir del resultado del ejercicio y depurarlo mediante la eliminación de los beneficios extraordinarios. A partir de ahí, no podemos compartir el criterio de la demandada, acogido sustancialmente por la sentencia apelada, que identifica «beneficio propio de la explotación del objeto social» con el beneficio que una compañía obtiene con su actividad ordinaria, esto es, con la que define el objeto social. Según LAMIR S.A. hay que adentrase en la sustancia económica de cada operación: beneficio ordinario será aquel que procede de operaciones vinculadas al objeto social y beneficio extraordinario el obtenido con operaciones ajenas o extrañas al mismo. Sólo los primeros, al entender de la demandada, han de ponderar para determinar «beneficio propio de la explotación del objeto social» Además, el círculo se cierra, a nuestro modo de ver de forma incorrecta, cuando se constriñe el objeto de la sociedad a la actividad explicitada en los estatutos, con exclusión de otras que contribuyen a la consecución del fin social, como pueden ser los ingresos financieros. Si nos guiáramos exclusivamente con criterios funcionales o materiales, sería preciso analizar todos y cada uno de los ingresos y gastos de la sociedad, para dilucidar si podemos calificarlos como típicamente «ordinarios», lo que generaría incertidumbre e inseguridad jurídica. No bastaría, en este caso, con

escrutar las tres partidas de ingresos identificadas por la demandada. Ciertamente, no podemos estar a un concepto estrictamente contable de «beneficio propio de la explotación del objeto social», dado que como tal no está contemplado en la normativa contable. Es más, el vigente Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007 (RCL 2007, 2098 y 2386), tampoco reconoce la categoría de «resultados extraordinarios», pues sólo distingue entre «resultados de explotación» y «resultados financieros». Ello no obstante, no podemos prescindir por completo de los criterios contables, en la medida que la base de reparto se determina a partir de lo que resulte de las cuentas anuales aprobadas en junta general y las partidas excluidas por LAMIRSA, al igual que el beneficio del ejercicio 2011, se extraen directamente de la cuenta de pérdidas y ganancias. En consecuencia, entendemos que el Plan General de Contabilidad nos aporta los parámetros fundamentales que nos aproximan al concepto de «beneficio propio de la explotación del objeto social», dado que sí define qué ha de entenderse por «beneficio» o «ingreso extraordinario». De este modo, el PGC de 1990, aprobado por el Real Decreto 1643/1990 (RCL 1990, 2682 y RCL 1991, 676) –el artículo 348 bis tiene como precedente normas redactadas cuando dicho Plan estaba en vigor–, definía « ingresos extraordinarios» como aquellos «beneficios o ingresos de cuantía significativa que no deban considerarse periódicos al evaluar los resultados futuros de la empresa», añadiendo que «como regla general un beneficio o ingreso se considerará extraordinario únicamente si se origina por hechos o transacciones que, teniendo en cuenta el sector de la actividad en que opera la empresa, cumple las condiciones siguientes: (i) caen fuera de la actividades ordinarias y típicas de la empresa y (ii) no se espera, razonablemente, que ocurran con frecuencia». El nuevo PGC, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por su parte, contempla, en sustitución de los ingresos extraordinarios, la cuenta correspondiente a «ingresos excepcionales», que son definidos como «beneficios e ingresos de carácter excepcional y cuantía significativa», encontrándose entre ellos «los precedentes de aquellos créditos que en su día fueron amortizados por insolvencias firmes». En definitiva, que el ingreso sea ajeno a la actividad típica de la empresa es una condición necesaria para que pueda ser considerado «beneficio extraordinario». No es, sin embargo, un requisito suficiente ni la condición principal, pues tendrá que ser de cuantía significativa, en relación con el importe neto de la cifra de negocio, y tener su origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia».

Este es el marco conceptual en el que debe tomar el registrador mercantil su decisión en caso de que las partes no estén de acuerdo en la concurrencia del requisito exigido por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. De este modo si la sociedad niega la existencia de un «beneficio propio de la explotación del objeto social» que sirva de base al ejercicio del derecho de separación alegado por el solicitante, debe acreditar dicha circunstancia a satisfacción del registrador y de acuerdo con los parámetros expuestos. Es

doctrina reiteradísima de esta Dirección General (en sede de recursos contra resoluciones de los registradores sobre procedencia de la designación de auditores por aplicación del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, *vide* por todas resoluciones de 17 de abril, 7 de mayo, 8 de septiembre y 28 de octubre de 2015, 16 de junio de 2016 y 2 de febrero de 2017), que cuando la sociedad niegue la concurrencia de los requisitos legales en que el interesado funda su pretensión debe acreditarlo debidamente a fin de no romper el principio de igualdad entre las partes del procedimiento. Consecuentemente, la mera afirmación de parte de que no concurren los requisitos legales o la negativa de la prueba aportada por el solicitante no bastan por si solos para desestimar su solicitud.

7. A la luz de las consideraciones anteriores resulta con toda claridad que el recurso no puede estimarse.

En primer lugar, porque es incontestable que el registrador mercantil ostenta competencia para determinar si concurren los requisitos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital para apreciar la existencia de un supuesto de derecho de separación y proceder en consecuencia, a instancia de persona legitimada, al nombramiento de experto. De igual modo es incontestable que esta Dirección General de los Registros y del Notariado ostenta competencia para resolver sobre el recurso que al efecto se ha entablado, sin perjuicio de la salvaguarda del derecho de la sociedad a ejercer el derecho de impugnación, en vía jurisdiccional, de la presente (arts. 112, 114 y 121 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Ninguna de las dos competencias implica ni invasión de competencias judiciales ni actividad alguna reservadas a los Tribunales de Justicia. Como ha quedado acreditado, el diseño legal atribuye competencia a la Administración para, en un expediente de jurisdicción voluntaria, estimar si se produce el supuesto de hecho previsto por la norma y proceder a la designación de experto. La resolución firme en vía administrativa carece de la calidad de cosa juzgada por lo que la parte que estime que su posición jurídica no ha sido respetada puede acudir en ejercicio de su derecho ante la jurisdicción ordinaria. De seguirse la tesis del recurso, se invertiría el diseño legal y se dejaría sin efecto la previsión de la norma que atribuye competencia a la Administración sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio de la acción judicial que corresponda.

Como pone de relieve la resolución de 3 de noviembre de 2014, en ningún caso el registrador ha resuelto una contienda entre particulares pues se ha limitado, como autoridad, a verificar si concurren o no los requisitos establecidos legalmente para proceder a la designación de persona que deba llevar a cabo la previsión legal de valoración de las participaciones y sin perjuicio del ejercicio de las acciones que los interesados entiendan procedentes en defensa de su derecho (*vide* resoluciones de 20 de enero de 2011 y 4 de febrero de 2013).

En segundo lugar, no concurre motivo de litispendencia, como alegó en su día la sociedad, que fundamente la suspensión o abstención de conocimiento de esta Dirección General. Ciertamente es un hecho acreditado la existencia de distintos procedimientos judiciales entre las partes, pero ninguno de ellos afecta al acuerdo de distribución de dividendos por debajo del límite establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que ampara el ejercicio del derecho de separación. No resulta del expediente que dicha cuestión esté siendo objeto de conocimiento por los Tribunales de Justicia por lo que no existe motivo alguno de suspensión ni de abstención de conocimiento por esta Administración. Es un hecho indiscutido en el expediente que se ha producido un acuerdo de junta general en los términos previstos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital sin que dicho acuerdo conste impugnado. La mera existencia de procedimientos de impugnación de otros acuerdos que pudieran dar lugar a una modificación de los resultados del ejercicio no impide que se den las circunstancias previstas en el precepto legal ni puede impedir que esta Dirección se pronuncie.

En tercer lugar, resulta patente que el acuerdo de distribución de beneficios dejando fuera de ellos los procedentes del dividendo obtenido, ingresos financieros, contradice frontalmente el contenido del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, así como la interpretación que del mismo ha hecho la sentencia número 81/2015 de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.ª), citada por la propia sociedad. Como resulta de su acertado análisis, ni los beneficios financieros por dividendo pueden ser excluidos del concepto de beneficios propios de explotación, ni la sociedad ha acreditado la concurrencia del resto de requisitos (desproporción en relación a la cuantía del importe neto de la cifra de negocio ni su carácter infrecuente), que justifiquen su exclusión. El argumento del escrito de recurso de que en el supuesto de la sentencia ha existido un procedimiento en el que se han podido aportar todo tipo de pruebas y con plena jurisdicción, no hace sino confirmar las consideraciones más arriba expuestas. En el ámbito de este expediente la sociedad ha podido llevar a cabo las alegaciones que ha estimado oportunas, así como ha podido aportar los elementos probatorios que ha tenido por conveniente sin perjuicio de que, además tiene, abierta la posibilidad de acudir a la jurisdicción en defensa de su posición jurídica sin que de ello resulte merma alguna de los principios que inspiran la regulación del procedimiento administrativo que han regido su desarrollo.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 5 de septiembre de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 28 de noviembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 4 de diciembre de 2017 (1)

En el expediente 176/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de socios de «Automáticos Fame, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentaron un escrito de fecha 2 de agosto de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitaron, al amparo de los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de «Automáticos Fame, S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de sus acciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta:

a) Que la sociedad celebró junta general ordinaria el día 29 de junio de 2017 en cuyo orden del día se incluyó la aprobación de las cuentas anuales y la propuesta de aplicación del resultado.

b) Que la propuesta de aplicación del resultado del beneficio que asciende a la cantidad de 155.316,92 es aprobada por la mayoría social en el sentido de destinar a la reserva legal 4.311,85 euros y a resultados negativos de ejercicios anteriores 151.005,07 euros.

c) Que por parte de los solicitantes se propuso el reparto, como dividendo, de un tercio de los beneficios obtenidos durante el ejercicio 2016, solicitud que fue desestimada por la mayoría social.

d) Que mediante acta notarial de fecha 25 de julio de 2017 los hoy solicitantes notificaron a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación, así como la iniciación de este expediente.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que de conformidad con el artículo 31 de los estatutos sociales el beneficio social, una vez cubierta la reserva legal y demás atenciones legalmente establecidas, puede aplicarse por acuerdo de la junta a reserva

voluntaria, fondo de previsión u otra atención legalmente permitida y el resto, se distribuirá como dividendo una vez extinguidos los gastos amortizables. 2.º Que el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital establece que se debe promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad lo que implica que el legítimo interés del socio a obtener el dividendo debe estar subordinado dicho interés por lo que su la falta de reparto está justificada la sociedad puede y debe alegar el abuso de derecho. 3.º Que la junta general de accionistas de 29 de diciembre de 2014 acordó una ampliación de capital derivado de las dificultades de tesorería y del endeudamiento a largo plazo de la sociedad, ampliación a la que no acudieron los solicitantes y que fue suscrita por el socio mayoritario. Que en dicha junta se puso de manifiesto por los hoy solicitantes que la sociedad se encontraba en situación de insolvencia. Que de estos antecedentes resulta que la falta de reparto del dividendo en la junta de 29 de junio de 2017 está plenamente justificada. 4.º Que no es cierto que hayan existido intentos infructuosos de llegar a un acuerdo sobre la valoración de las acciones.

III

El registrador mercantil accidental de Badajoz, don Ignacio Burgos Bravo dictó resolución en fecha 25 de agosto de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las acciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil. Basa su resolución en el hecho de que concurren los requisitos establecidos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y sin que proceda entrar a valorar la eventual mala fe de los solicitantes.

IV

Doña ….., letrada, como representante de la sociedad, por escrito de fecha 2 de octubre de 2017, 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 que su representada no pretendía la valoración de la mala fe de los solicitantes si no el control de legalidad de la solicitud de designación de experto, control que a su juicio no se ha llevado a cabo por cuanto del artículo 31 de los estatutos sociales resulta un sistema de distribución del dividendo que difiere del propuesto por los accionistas. Que el artículo 348 bis afirma que el reparto debe llevarse a cabo sobre el beneficio legalmente repartible. Que igualmente no se ha llevado a cabo un control de legalidad sobre el mandato del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital en relación al aumento de capital por pérdidas que en su día se llevó a cabo. Finalmente, la norma exige que haya una desavenencia entre la sociedad y el solicitante, desavenencia que no consta acreditada lo que supone la falta de un requisito esencial del tipo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015 y 20 de septiembre y 23 de octubre de 2017.

1. Constituye el objeto de la presente dilucidar si procede la designación de experto por parte del registrador mercantil al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital cuando, de contrario, la sociedad alega que determinado precepto estatutario establece un orden de reparto del beneficio que ampara la decisión de no distribuir dividendo para el ejercicio al que se refiere el acuerdo social de aplicación del resultado.

2. Es doctrina de esta Dirección General (*vide* resoluciones de 2 de noviembre de 2010, de 7 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2015), que la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social (*vid.* apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las causas legales de separación de los socios, sino que se permiten otras estatutarias (*cfr.* artículos 346 y 347 de la Ley Sociedades de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones» (sentencia del Tribunal Supremo 63/2011, de 28 de febrero).

La amplitud con la que el legislador ha regulado el derecho de separación se ha extendido, en parte, al régimen jurídico de las sociedades anónimas como resulta de la simple comparación entre el régimen de la derogada Ley (*vide* artículos 147, 149 227 y 320 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), con el vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital. El fundamento en este caso, es la protección de la minoría que aún en sociedades abiertas, como son las sociedades anónimas, precisan de la tutela

del ordenamiento cuando las modificaciones impuestas por la mayoría puedan afectar al núcleo de sus derechos individuales.

Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones o acciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

3. La doctrina expuesta de este Centro Directivo es plenamente respetuosa con la expresada por nuestro Tribunal Supremo que, en su sentencia 32/2006 de 23 enero (seguida por las que luego se citarán), estableció su posición al respecto afirmando que: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. b) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. c) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legalmente previsto mediante e implica una declaración recipticia que debe hacerse llegar a la sociedad. d) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. e) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

4. Junto a los supuestos legales o estatutarios, que podrían denominarse tradicionales en nuestro ordenamiento, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto, que se transcribe más abajo, entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo). Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un *iter* legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017.

Dice así el artículo 348 bis: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean

legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas».

Como pone de relieve la sentencia 84/2014, de 21 de marzo de la Audiencia Provincial de La Coruña (sección 4.ª): «Su fundamento radica en que la Ley atribuye a la Junta General de Accionistas la facultad de decidir sobre la aplicación del resultado, si procede el reparto de dividendos, en el caso de que existan beneficios repartibles, que es el derecho en abstracto de los accionistas a participar, por lo que la denegación sistemática y reiterada a lo largo de los años por la mayoría del capital social en Junta puede generar conflictos entre los socios minoritarios, que precisamente el derecho a dividendo es lo que les llevó a participar en la sociedad, concediendo a éstos de tal forma la ley un derecho de separación, cumpliendo determinados requisitos».

La resolución transcrita se hace eco de la afirmaciones contenidas en la sentencia 873/2011 de 7 diciembre de nuestro Tribunal Supremo cuando afirma: «Tratándose en concreto de acuerdos referidos a la aplicación del resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios –a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg–, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo (RJ 2005, 5761), que «[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría»… En este sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 788/1996, de 10 de octubre (RJ 1996, 7063) –el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta–, 215/1997, de 19 de marzo –[s]iendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas»–, y 60/2002, de 30 de enero, «[e]l accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago».

De este modo, la norma viene a objetivar lo que no venía siendo reconocido más que como principio del derecho de sociedades, proporcionando una potente herramienta jurídica a los socios minoritarios en defensa de sus inte-

reses cuando el fin de lucro inherente a las sociedades de capital no se traduce en una adecuada participación de los socios en los beneficios obtenidos.

La regulación delimita adecuadamente los límites en que el derecho debe ser ejercitado (*vide* sentencia 22/2013, de 23 de enero de la Audiencia Provincial de Valencia –sección 9.ª–, sentencia 278/2013, de 18 de noviembre de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa –sección 2.ª–, sentencia 322/2015, de 2 de diciembre de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –sección 4.ª–, y sentencia 97/2015, de 31 de marzo del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián), límites que deben ser contemplados con especial rigor ya que no se escapa a esta Dirección que la facultad atribuida al socio minoritario puede dar a situaciones no deseadas por el legislador y que pueden revestir muy distinta índole.

5. A la luz de las consideraciones anteriores, la cuestión capital que se ha de dilucidar, consiste en determinar si la previsión estatutaria de la sociedad permite considerar la no aplicación de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, habida cuenta de que la junta general ha acordado no distribuir el beneficio sino destinarlo a las otras previsiones contempladas en los estatutos.

Dispone así el artículo 31 de los estatutos sociales: «De los beneficios obtenidos en cada ejercicio, una vez cubierta la dotación para reserva legal y demás atenciones legalmente establecidas, la junta podrá aplicar lo que estime conveniente para reserva voluntaria, fondo de previsión para inversiones y cualquier otra atención legalmente permitida. El resto, en su caso, se distribuirá como dividendo entre los accionistas en proporción al capital desembolsado por cada acción una vez extinguidos los gastos amortizables…».

6. Esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas ocasiones sobre el valor que ha de tener una previsión estatutaria cuando su contenido es distinto al existente en la previsión legal.

De modo reiterado esta Dirección General ha afirmado que si existe un cambio normativo que afecte en todo o en parte, al contenido de los estatutos sociales es forzoso entender que la nueva norma se impone sobre su contenido por la simple fuerza de la Ley (*vid.* artículos 1255 del Código Civil y 28 de la Ley de Sociedades de Capital). Se excepciona el supuesto en que la norma estatutaria no sea incompatible con la nueva norma legal o cuando siendo esta dispositiva el contenido estatutario sea conforme con el ámbito de la disposición (*vid.* Resoluciones de 9 de febrero de 2012 y 11 de febrero de 2013).

La cuestión por tanto se traslada a determinar si la regulación contenida en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital es compatible con la previsión estatutaria que se ha hecho constar más arriba. La regulación legal del artículo 348 bis establece con absoluta claridad que los beneficios han de ser legalmente repartibles, lo que implica que deben respetarse los límites establecidos en la propia Ley. Prescindiendo de otros supuestos irrelevantes para el supuesto de hecho, dispone el artículo 273 lo siguiente: «1. La junta

general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado. 2. Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta. Si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas».

Consecuentemente, la aplicación del resultado tiene como límite de naturaleza legal la cobertura de las pérdidas de ejercicios anteriores (en los términos establecidos en el precepto), así como la cobertura de la reserva legal de conformidad con el contenido del artículo 274.1 de la misma Ley: «En todo caso, una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que ésta alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social».

Fuera de estas limitaciones la distribución del resultado positivo del ejercicio está sujeta al libre albedrío de la junta general sin perjuicio de las consecuencias derivadas de la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Ahora bien, como resulta del propio artículo 273, nada impide que, junto a las limitaciones de naturaleza legal, los estatutos prevean la cobertura de otras necesidades lo que conlleva valorar el impacto que dicha previsión pueda tener sobre la aplicación del artículo 348 bis de la propia Ley. Es doctrina reiterada en numerosas ocasiones por esta Dirección General que debe partirse de que los estatutos sociales son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo pues su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad (por todas, Resolución de 23 de septiembre de 2013).

Este carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en diversas ocasiones, como las clásicas decisiones de 1958 y 1961 confirmadas por otras posteriores (*vid.* Sentencia de 30 de enero de 2001). Este Centro Directivo por su parte (entre otras, resoluciones de 1 y 23 de octubre de 2013, 23 de mayo de 2014 y 13 de enero, 15 de junio y 21 de septiembre de 2015), ha tenido igualmente ocasión de poner de manifiesto el hecho de que los estatutos son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad. En este sentido se ha dicho que los estatutos son la «carta magna» o régimen constitucional y de funcionamiento de la sociedad (*vid.* Resolución de 16 de febrero de 2013).

De las consideraciones anteriores resulta que procede la estimación del recurso pues existiendo una previsión estatutaria de aplicación del resultado y siendo la misma conforme a la Ley (art. 273 de la Ley de Sociedades de Capital), el acuerdo adoptado por la junta general de la sociedad de destinar el beneficio en parte a dotar la reserva legal y en parte a compensar resultados negativos de ejercicios anteriores impide la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Téngase en cuenta que la solicitud presentada por los socios de la sociedad, se limita a solicitar la designación de experto en ejercicio del derecho de separación con el único fundamento de que se propuso y se rechazó, el reparto de dividendo, pero sin argumentar en modo alguno en qué medida dicho acuerdo implica, de acuerdo con los estatutos sociales y la propia Ley, el nacimiento del derecho de separación. Como ha quedado expuesto por extenso es presupuesto de la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital la existencia de beneficios repartibles de acuerdo a la Ley, a lo que hay que añadir, de conformidad con la previsión del artículo 273.1 de la propia Ley que sean repartibles de conformidad con los estatutos sociales.

2. En cuanto a los otros dos motivos de recurso no procede su estimación.

En cuanto a la aplicación de la previsión del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital relativa a la promoción de la rentabilidad y solvencia de la sociedad por su carácter meramente abstracto que no puede impedir, en su caso, la aplicación del artículo 348 bis si se dan las circunstancias previstas en el mismo. En cuanto a la falta de acreditación de la desavenencia sobre el nombramiento de un experto porque como ha reiterado esta Dirección General, no es preciso en el ámbito de este expediente aportar una prueba específica al respecto habida cuenta de que la mera presentación de la instancia implica la voluntad de acogerse al sistema de nombramiento por tercero.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil accidental de Badajoz, don Ignacio Burgos Bravo de fecha 25 de agosto de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 4 de diciembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Badajoz.

Resolución de 4 de diciembre de 2017 (2)

En el expediente 179/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de socios de «Hiper Rent A Car, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentaron un escrito de fecha 9 de agosto de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Mallorca, en el que tuvo su entrada el día 30 del mismo mes, en el que solicitaron, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de «Hiper Rent A Car, S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta:

a) Que de conformidad con el acta notarial de fecha 23 de mayo de 2017 autorizada por el notario de Palma de Mallorca don Ciriaco Corral García, la junta general de la sociedad se reunió, con su presencia, el mismo día con la asistencia de tres accionistas, los dos solicitantes (uno de ellos debidamente representado, titulares cada uno de ellos del 16,587% del capital social), y la administradora y socia mayoritaria doña ….. (titular del 66,346% del capital), haciéndose constar que el resto del porcentaje corresponde a autocartera. Previamente la administradora había manifestado al notario autorizante que por parte de los dos socios instantes se había solicitado, fuera de plazo, complemento de convocatoria. Constituida la junta se aprobaron por mayoría las cuentas anuales y en cuanto a la aplicación del resultado, se aprueba con el único voto a favor de la socia mayoritario y con el voto en contra de los otros dos socios, hoy solicitantes, la propuesta contenida en la memoria por la que se destina en parte a reservas voluntarias y en parte a reserva de capitalización. Con carácter previo a la votación, la socia administradora entrega al notario autorizante un documento, que se protocoliza, en el que se razona la aplicación del resultado y se justifica en la situación concursal que vive la compañía ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca y en la que, en fase de convenio, se impone su cumplimiento lo que aconseja destinar los recursos generados a equilibrar tesorería a fin de cumplir con los requisitos derivados del convenio concursal.

b) Que los socios solicitantes notificaron mediante burofax a la administradora el ejercicio de su derecho de separación por falta de distribución de dividendos en plazo.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que los solicitantes han incumplidos requisitos formales exigidos por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, señaladamente la falta de su voto a favor de una propuesta de reparto de beneficios pues se limitaron a votar en contra de la aplicación del resultado. Además, falta la determinación concreta de la cantidad que a su juicio constituiría el importe de los beneficios propios de la explotación. 2.º Que la solicitud no respeta la *ratio legis* del precepto que no es otra que la de dar satisfacción al socio cuando sin justa causa es privado de su derecho al dividendo. Que así resulta del escrito incorporado al acta notarial como del informe elabo-

rado por determinados auditores donde se determina que la situación concursal que vive la compañía determina la dificultad de obtener financiación y la necesidad de destinar los recursos propios a cubrir los costes de renovación y actualización de la flota de coches que constituye la actividad de la compañía. 3.º Que en caso de discrepancia sobre la existencia de causa para ejercer el derecho de separación el registrador mercantil no puede proceder a la designación de experto. Que así resulta de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017, cuyo contenido se transcribe por extenso. Que, constando la más absoluta oposición de la sociedad al derecho de separación, debe denegarse el nombramiento propuesto o, al menos, suspenderse. 4.º Que los peticionarios, conocedores de la oposición de la sociedad, actúan en consecuencia con manifiesta mala fe y en claro fraude de Ley.

III

El registrador mercantil de Palma de Mallorca núm. 3, don Jesús Víctor Muro Villalón, dictó resolución en fecha 22 de septiembre de 2017 por la que acordó admitir la oposición y desestimar la solicitud de nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las acciones. Fundamenta su decisión en la falta del requisito previsto en el artículo 348 bis, relativo al voto favorable de los solicitantes sobre la distribución de beneficios sociales en forma de dividendo.

IV

Don ….. y don ….., por escrito de fecha 13 de octubre de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Mallorca, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que la convocatoria de la junta celebrada no contenía detalle sobre la propuesta de aplicación de resultado limitándose a contener la previsión de dotar una reserva de capitalización indisponible. Que tras tener conocimiento de la convocatoria se solicitó de la administración la remisión de las cuentas anuales, que se remitieron cinco días después. Que se denegó el complemento de convocatoria por haber sido solicitado fuera de plazo. 2.º Que si bien es cierto el tenor literal del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital es preciso interpretarlo en el sentido de que corresponde el derecho de separación al socio que haya votado en contra de una propuesta distinta a la distribución del beneficio por cuanto corresponde a los administradores elaborar el orden del día y la propuesta de aplicación lo que veda de facto el ejercicio de los socios con capital inferior al 5%, que no podrían nunca solicitar la inclusión en el orden del día. Que siendo el derecho de separación una concreción del derecho al dividendo del artículo 93 de la Ley de Sociedades de Capital, es obvia la intención del legislador de proteger al socio minoritario del abuso de la mayoría. Como ha reconocido la jurisprudencia basta con votar en contra de no repartir dividendo sin que sea exigible una modificación del orden del día, con cita de las sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña de 21 de marzo de 2014 y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de marzo de 2015. 3.º Que en el expediente, y según resulta de los antecedentes, en el anuncio de convocatoria no constaba la propuesta de distribución de beneficios por lo que los socios solicitaron la remisión de las cuentas, hecho que se llevó a cabo a los cinco días impidiendo, por transcurso del plazo, el ejercicio del derecho a solicitar ampliación del orden del día. Que imponer en esta situación la existencia de un voto expreso a favor del reparto del beneficio equivale a privar a los socios de un derecho que les asiste.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015 y 20 de septiembre y 23 de octubre de 2017.

1. Constituye el objeto de la presente dilucidar si procede la designación de experto independiente para la determinación del valor razonable de las acciones de dos socios que han ejercitado su derecho de separación de una sociedad anónima. El registrador mercantil desestima la solicitud porque a su juicio no se reúnen los requisitos establecidos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, señaladamente el voto favorable de los solicitantes a la propuesta de distribución de beneficio. Los recurrentes entienden que basta con su voto en contra de la propuesta de aplicación del resultado que no comprende distribución alguna de beneficio. Esta es la cuestión central en que se fundamenta el escrito de recurso pese a lo cual esta Dirección General entiende (art. 119.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), que debe realizar pronunciamientos adicionales por ser de trascendencia a la cuestión tratada.

2. Es doctrina de esta Dirección General (*vide* resoluciones de 2 de noviembre de 2010, de 7 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2015), que la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social (*vid.* apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las causas legales de separación de los socios, sino que se permiten otras estatutarias (*cfr.* artículos 346 y 347 de la Ley Sociedades de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc. En último término, se trata de asegu-

rar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones» (sentencia del Tribunal Supremo 63/2011, de 28 de febrero).

La amplitud con la que el legislador ha regulado el derecho de separación se ha extendido, en parte, al régimen jurídico de las sociedades anónimas como resulta de la simple comparación entre el régimen de la derogada Ley (*vide* artículos 147, 149 227 y 320 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), con el vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital. El fundamento en este caso, es la protección de la minoría que aún en sociedades abiertas, como son las sociedades anónimas, precisan de la tutela del ordenamiento cuando las modificaciones impuestas por la mayoría puedan afectar al núcleo de sus derechos individuales.

Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones o acciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

3. La doctrina expuesta de este Centro Directivo es plenamente respetuosa con la expresada por nuestro Tribunal Supremo que, en su sentencia 32/2006 de 23 enero (seguida por las que luego se citarán), estableció su posición al respecto afirmando que: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. b) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. c) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legalmente previsto mediante e implica una declaración recipticia que debe hacerse llegar a la sociedad. d) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. e) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

4. Junto a los supuestos legales o estatutarios, que podrían denominarse tradicionales en nuestro ordenamiento, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto, que se transcribe más abajo, entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la

Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo). Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un *iter* legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017.

Dice así el artículo 348 bis: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas».

Como pone de relieve la sentencia 84/2014, de 21 de marzo de la Audiencia Provincial de La Coruña (sección 4.ª): «Su fundamento radica en que la Ley atribuye a la Junta General de Accionistas la facultad de decidir sobre la aplicación del resultado, si procede el reparto de dividendos, en el caso de que existan beneficios repartibles, que es el derecho en abstracto de los accionistas a participar, por lo que la denegación sistemática y reiterada a lo largo de los años por la mayoría del capital social en Junta puede generar conflictos entre los socios minoritarios, que precisamente el derecho a dividendo es lo que les llevó a participar en la sociedad, concediendo a éstos de tal forma la ley un derecho de separación, cumpliendo determinados requisitos».

La resolución transcrita se hace eco de la afirmaciones contenidas en la sentencia 873/2011 de 7 diciembre de nuestro Tribunal Supremo cuando afirma: «Tratándose en concreto de acuerdos referidos a la aplicación del resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios –a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg–, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo (RJ 2005, 5761), que «[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría»… En este sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 788/1996, de 10 de octubre (RJ 1996, 7063) –el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta–, 215/1997, de 19 de marzo –[s]iendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por

medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas»–, y 60/2002, de 30 de enero, «[e]l accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago».

De este modo, la norma viene a objetivar lo que no venía siendo reconocido más que como principio del derecho de sociedades, proporcionando una potente herramienta jurídica a los socios minoritarios en defensa de sus intereses cuando el fin de lucro inherente a las sociedades de capital no se traduce en una adecuada participación de los socios en los beneficios obtenidos.

La regulación delimita adecuadamente los límites en que el derecho debe ser ejercitado (*vide* sentencia 22/2013, de 23 de enero de la Audiencia Provincial de Valencia –sección 9.ª–, sentencia 278/2013, de 18 de noviembre de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa –sección 2.ª–, sentencia 322/2015, de 2 de diciembre de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –sección 4.ª–, y sentencia 97/2015, de 31 de marzo del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián), límites que deben ser contemplados con especial rigor ya que no se escapa a esta Dirección que la facultad atribuida al socio minoritario puede dar a situaciones no deseadas por el legislador y que pueden revestir muy distinta índole.

5. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo es imprescindible llevar a cabo un pronunciamiento sobre la alegación de la sociedad relativa a la competencia del registrador para apreciar la concurrencia de causa de separación cuando aquella ha mostrado su oposición. El expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 353 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 experto independiente a que se refiere el artículo 353 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 353 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.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 353 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos la Ley atribuye competencia al registrador para dictar una resolución en la que, estimando la solicitud hecha por quien corresponda y apreciando la concurrencia de los requisitos legales, designar a un experto independiente o adoptar otras medidas sin perjuicio del eventual recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Precisamente porque el registrador tiene competencia para apreciar la concurrencia de los requisitos legales, esta Dirección General ha reiterado que no procede la estimación de la solicitud cuando del expediente no resulte aquella concurrencia, aun cuando no hubiera existido oposición de la contraparte (*vide* por todas, resolución de 26 de septiembre de 2014).

La doctrina expuesta es plenamente coherente con la atribución legal de competencias que a los registradores ha realizado la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en cuya disposición final decimocuarta se hace expresa atribución competencial a los registradores mercantiles en cuestiones que hasta dicho momento correspondía a los jueces). Como pone de relieve su Exposición de Motivos: «La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una Ley de la Jurisdicción Voluntaria forma parte del proceso general de modernización del sistema positivo de tutela del Derecho privado… resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales… Buscando dar una respuesta idónea a las cuestiones anteriores, la Ley de la

Jurisdicción Voluntaria, conforme con la experiencia de otros países, pero también atendiendo a nuestras concretas necesidades, y en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados. La solución legal dada es acorde con los postulados de nuestra Carta Magna y, además, oportuna en atención a diferentes factores. El prestigio adquirido a lo largo de los años por estos Cuerpos de funcionarios entre los ciudadanos es un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados, como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica, sin olvidar el hecho de que muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto obtener la certeza sobre el estado o modo de ser de determinados negocios, situaciones o relaciones jurídicas que dichos profesionales están en inmejorable condición para apreciarlos adecuadamente…».

En definitiva, el reconocimiento legal confirma la pertinencia de la atribución competencial, su carácter constitucional, la ausencia de violación de principios constitucionales, así como la ausencia de merma de garantías legales. En ningún caso el registrador resuelve una contienda entre particulares pues se limita, como autoridad, a verificar si concurren o no los requisitos establecidos legalmente para la designación de persona que deba llevar a cabo la previsión legal de valoración de las acciones o participaciones y sin perjuicio del ejercicio de las acciones que los interesados entiendan procedentes en defensa de su derecho (*vide* resoluciones de 20 de enero de 2011 y 4 de febrero de 2013).

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017. Al respecto es preciso poner de manifiesto que ni resulta del expediente su firmeza ni, en cualquier caso, constituye doctrina legal. Además, existen pronunciamientos contrarios como la sentencia de 26 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla de la que

resulta la conclusión contraria. No existe pues, razón de fondo para estimar esta pretensión.

6. Establecido lo anterior resulta patente que no puede rechazarse el ejercicio del derecho de separación derivado del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por el motivo alegado por la sociedad de que no ha existido un voto favorable de los socios a la propuesta de distribución de beneficios.

En primer lugar, porque el orden del día lo elabora el órgano de administración y, tratándose de junta ordinaria, la propuesta de aplicación del resultado lo es a instancia del propio órgano (arts. 253 y 273 de la Ley de Sociedades de Capital). De este modo, de exigirse un voto favorable a la propuesta de reparto de dividendo cuando dicha propuesta no depende del socio sino del órgano de administración se estaría privando a aquél de un derecho cuyo fundamento es, precisamente, la ausencia de propuesta de reparto de dividendo o la propuesta de reparto por debajo del umbral fijado por la Ley.

En segundo lugar, porque no puede sostenerse que el socio dispone de la facultad de exigir un complemento de convocatoria en la que se contemple una propuesta de reparto de dividendo. Este derecho, que sólo se contempla para las sociedades anónimas, exige además que el socio que lo ejercite posea al menos un 5% del capital de la sociedad (art. 172 de la Ley de Sociedades de Capital). De aceptarse dicha tesis dejaría fuera del ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 348 bis a socios a quienes dicho artículo atribuye el derecho de separación, ya sean socios de sociedades de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima por debajo del mínimo establecido.

Finalmente, es preciso interpretar el precepto en la forma más adecuada para que produzca el efecto perseguido y que se ha expuesto más arriba por extenso. Como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), 81/2015 de 26 marzo, para un supuesto en que el socio había votado a favor de una propuesta de reparto de dividendo por debajo del umbral establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital: «… entendemos que el derecho de separación exige que el socio asistente a la junta muestre en ella su posición favorable a un reparto de dividendos en cifra superior a una tercera parte de los beneficios, de un lado, y que la junta acuerde una distribución distinta (inferior), de otro. Y esa situación se dio en el presente caso, dado que los actores, por medio de su representante, no se limitaron a votar a favor de la distribución propuesta, sino que hicieron constar en acta que esa propuesta era insuficiente, anunciando el ejercicio del derecho de separación. La demandada considera que los actores debieron instar la modificación del orden del día, para introducir una propuesta de distribución que respetara lo dispuesto en el artículo 348 bis del TRLSC. No compartimos esa alegación, que vedaría, de facto, el ejercicio del derecho de separación a aquellos socios minoritarios con un capital inferior al cinco por ciento, porcentaje exigido por el artículo 172 de la Ley para el complemento

de convocatoria. Aquel precepto no exige que el socio promueva la modificación o el complemento del orden del día».

En definitiva, el ejercicio del derecho contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital exige que el socio no haya votado a favor de una propuesta que no contemple el reparto, en forma de dividendo, del resultado obtenido en el ejercicio en la proporción mínima que dicho precepto contempla. Del mismo modo no puede pretenderse que el ejercicio del derecho sea acompañado o precedido de una determinación de la cantidad a repartir por cuanto esta viene predeterminada por la Ley.

7. Llegados a este punto es preciso desestimar el recurso interpuesto por cuanto concurre en la situación de hecho una circunstancia que, pese a su trascendencia, no ha sido debidamente valorada por las partes. Como resulta de los hechos la sociedad se encuentra en estado de concurso lo que implica una situación de insolvencia (art. 2 de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio), que implica la sujeción del conjunto de sus relaciones patrimoniales a la tutela del ordenamiento jurídico (art. 21), siendo ejercitada por el juez competente y por los órganos del concurso (arts. 8 y 33). En dicha situación, y hasta que no finalice la situación de concurso, el procedimiento está dirigido a la preservación del conjunto patrimonial del deudor en beneficio del propio deudor y de sus acreedores, estableciéndose un conjunto de limitaciones y restricciones encaminadas a dicha finalidad (arts. 43.1, 44, 48, 49, 71, 76, 142, 148 y 149). En nada altera las afirmaciones anteriores el hecho de que la sociedad se encuentre en fase de convenio pues la finalidad del concurso permanece intacta (art. 100). En definitiva, siendo el interés de los acreedores y de la propia sociedad deudora el principal interés protegible resulta que ante el mismo debe ceder el de los socios al reparto de dividendo, pues de imponerse este aquél quedaría comprometido y fuera de los controles legalmente establecidos. Como ha quedado expuesto por extenso, el artículo 348 bis se fundamenta en el derecho individual de los socios al beneficio generado, derecho que no puede imponerse al interés de acreedores y de la propia sociedad a subsistir en situaciones de insolvencia. En tales situaciones el fin de lucro inherente a las sociedades de capital se subordina al interés de la propia sociedad en salir de la situación de insolvencia y al de los acreedores en obtener la satisfacción de sus créditos, por lo que resulta evidente que no puede pretenderse el ejercicio del derecho de separación en su perjuicio. Así lo entiende la doctrina más autorizada y en el mismo sentido se enfocan las propuestas de modificación del artículo 348 bis, actualmente en marcha.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Palma de Mallorca núm. 3, don ….., de fecha 22 de septiembre de 2017, por el motivo inmediatamente expuesto.

Lo 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 4 de diciembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Mallorca.

Resolución rectificatoria A-74 de 2016

Resolución rectificada el 5 de diciembre de 2017 (1)

Advertidos errores materiales en la resolución del expediente 74/2016, de 3 de agosto de 2016, sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «K.M.P. 1998 Asesores Financieros S.L.», se procede a su rectificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 109.2, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Resolución de 5 de diciembre de 2017 (1)

En el expediente 74/2016 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «K.M.P 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.M.P. 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 Ángel 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 2015.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en los términos anteriores y revocar 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, 5 de diciembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 5 de diciembre de 2017 (2)

En el expediente 180/2017 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Alier, S.A.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 2 de noviembre de 2017, con entrada en este Ministerio el mismo día 2 de noviembre, el registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, de conformidad con lo establecido en el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil, remite a esta Dirección General expediente en relación con el nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2014 de la sociedad «Alier, S.A.», concurriendo circunstancias excepcionales previstas en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

II

Forman parte de dicho expediente la solicitud inicial de nombramiento de auditor que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Barcelona el 27 de octubre de 2017, formulada por don ….., así como la resolución de fecha 2 de noviembre del mismo año del registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, resolviendo sobre la procedencia de tal nombramiento y elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 26 de noviembre (sic) de 2017 formulada por don ….., y según manifiesta el interesado, resulta, en esencia:

1.º Que la citada sociedad está obligada a la verificación de sus cuentas anuales y del informe de gestión por auditor de cuentas.

2.º Que finalizado el ejercicio a auditar no fue nombrado auditor de cuentas por la Junta General de la citada Sociedad para el ejercicio 2014 debido al error de no incluir como punto del orden del día de la convocatoria el nombramiento de auditor para dicho ejercicio.

3.º Que la firma de auditoría «Grant Thornton, SL.P.» fue nombrada para auditar las cuentas del ejercicio 2013, y que también ha auditado las cuentas anuales del ejercicio 2015 y 2016, para lo que fue nombrada por la Junta General. En concreto, la sociedad de auditoría «Grant Thornton, SL.P.» ha venido verificando las cuentas anuales y el informe de gestión de «Alier, S.A.» desde el ejercicio 2009 hasta el 2012, circunstancia que todos los socios conocen y aprobaron en Junta General y, dejando a salvo el 2014, también lo ha sido en los ejercicios siguientes 2015 y 2016, además de haber sido nombrada en la última Junta General para verificar el próximo cierre de ejercicio 2017.

4.º Consecuencia de todo lo anterior, entiende el solicitante que concurren en el caso circunstancias excepcionales que aconsejan que sea «Grant Thornton, SL.P.» la sociedad que se designe por el Registro Mercantil a los efectos de su petición.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, resolvió con fecha 2 de noviembre de 2017 sobre la procedencia de tal nombramiento y elevó el expediente a esta Dirección General, por entender que concurren las siguientes circunstancias excepcionales previstas en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil:

1.º) Que la sociedad «Alier, S.A.», depositó en el Registro Mercantil de Barcelona las cuentas propias de los ejercicios 1989 y 1990, las cuentas propias y consolidadas del ejercicio 1991, las cuentas consolidadas del ejercicio 1992 y las cuentas propias y consolidadas de los ejercicios 1993 a 2013.

2.º) Que sociedad «Alier, S.A.», nombró auditor tanto para la verificación de las cuentas anuales de la sociedad como del grupo consolidado para los ejercicios comprendidos entre el 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2012 a la sociedad «Audihispana Grant Thornton, S.L.», actualmente denominada «Grant Thornton, S.L.P.».

3.º) Que las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2013 de la sociedad «Alier, S.A.» –últimas cuentas depositadas en este Registro– no fueron formuladas en forma abreviada y que la citada sociedad ha depositado en este Registro las cuentas anuales consolidadas correspondientes a los ejercicios 1991 a 2013, ambos inclusive, y haber sido auditadas las mismas, desde el ejercicio 2009 por la sociedad «Audihispana Grant Thornton, S.L», actualmente denominada «Grant Thornton, S.L.P.».

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 sólo 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 a que se refiere el número III de los Hechos resultan las circunstancias por las que se solicita la aplicación del procedimiento excepcional de nombramiento, y que no se reiteran por haber sido ya reproducidas en dicho número.

3. Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, resolvió con fecha 2 de noviembre de 2017 sobre la procedencia de tal nombramiento, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos, de la resolución del registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, de fecha 2 de noviembre de 2017, y de los antecedentes registrales de dicha resolución, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor por cuanto concurren presupuestos reveladores de la conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales de la sociedad peticionaria del ejercicio 2014 sea hecha por la misma auditora que ha sido nombrada de manera continuada, excepción hecha del ejercicio en cuestión, para la revisión de las cuentas anuales tanto de la propia sociedad como del grupo consolidado, lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante.

Consecuencia de lo anterior, procede que esta Dirección General 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 en este punto.

En su virtud, esta Dirección General resuelve:

1.º Confirmar la procedencia de la aplicación del procedimiento excepcional previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil para la designación de auditor de cuentas de la mercantil «Alier, S.A.», 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 Autorizar al Registro Mercantil de Barcelona al nombramiento de «Grant Thornton, S.L.P.», para que lleve a cabo las labores de auditoría correspondientes al ejercicio 2014, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al Registro Mercantil de Barcelona a fin de que proceda al referido nombramiento.

Por todo lo anterior, 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 5 de diciembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 11 de diciembre de 2017 (1)

En el expediente 170/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ala Oeste Inversiones, S.L.»

HECHOS

I

Don ….., en su condición de administrador único de la sociedad «Top Locations España, S.L.», y don ….., en su condición de apoderado de la citada entidad, y actuando a su vez la mercantil «Top Locations España, S.L.» en su condición de administradora de la sociedad belga «Top Locations, N.V.», presentaron escrito de fecha 30 de marzo de 2017 dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 31 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 siendo titular de más del 5% del capital social de «Ala Oeste Inversiones, S.L.», el nombramiento de un auditor

que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016. En concreto, alegan ser la sociedad belga «Top Locations, N.V.» titular de un número de participaciones representativas del 45,43% del capital social de la sociedad «Ala Oeste Inversiones, S.L.».

Con la citada petición se acompañaban los documentos que se estimaron pertinentes.

II

Mediante escrito de fecha 10 de abril de 2017, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Barcelona el 13 de abril del mismo año, suscrito por don ….., en su calidad de administrador de la mercantil «Entrada Norte, S.L.», cuya sociedad es, a su vez, administradora mancomunada de «Ala Oeste Inversiones, S.L.», la sociedad se opuso a la pretensión del socio, alegando, en esencia, y en lo que a este expediente interesa:

1. Defecto de procedimiento que causa, a juicio del oponente, indefensión, dado que no se aportaba el folio número 1 del poder que decía ostentar el abogado Don Juan Guerra Fernández en nombre de «Top Locations España, S.L.», solicitándose al Registrador que de disponer del mismo se les notificara a fin de comprobar la identidad y capacidad de los otorgantes y, de no disponer del mismo, se le requiriera a la solicitante, por tratarse de un defecto de procedimiento que causa indefensión.

2. Falta de capacidad y legitimación para solicitar el nombramiento, dado que de conformidad con lo establecido en el artículo 259 del Reglamento del Registro Mercantil los únicos legitimados para solicitar el nombramiento de auditores son los socios, y la solicitud se ha realizado en nombre y representación de «Top Locations España, S.L.», sociedad que es administradora mancomunada de «Ala Oeste Inversiones, S.L.» y, aunque se considerara que «Top Locations España, S.L.» pretende actuar en nombre de la socia «Top Locations, N.V.», de la documentación aportada entiende el oponente que lo único que se desprende es que «Top Locations España, S.L.» es la «administradora delegada» de «Top Locations, N.V.», pero ejerciendo dicho cargo a su vez –entendiendo que mancomunadamente– con los administradores «BVBA R. Boutefeu» y Doña Marian Fuset Domingo; no desprendiéndose de la misma, los términos del acuerdo de delegación de facultades de esos administradores sobre «Top Locations España, S.L.» y tampoco se han adjuntado los estatutos con la debida traducción para comprobar esa capacidad específica para realizar la solicitud de nombramiento de auditor de acuerdo con la normativa belga que también deberá probarse y traducirse si quiere el solicitante que se reconozca en España, como deberá acreditarse igualmente el oportuno registro de esos acuerdos en la Cámara de Comercio o Registro Mercantil correspondiente.

3. No existir objeto de auditoría; esto es, no poder realizarse la auditoría por imposibilidad absoluta, al no haber formulado la sociedad las cuentas de los ejercicios 2014, 2015 y 2016, y ello porque las dos sociedades administradoras mancomunadas de «Ala Oeste Inversiones, S.L.» mantienen discrepancias sobre la formulación de las mismas y, por tanto, al no existir cuentas formuladas no existe objeto de auditoría, máxime cuando las cuentas de 2016 traen consecuencia y arrastran resultados de las de 2014 y 2015.

4. Que los socios mayoritarios de «Ala Oeste Inversiones, S.L.», a la vista de las discrepancias que mantienen los dos administradores mancomunados sobre la formulación de las cuentas y la negativa de uno de ellos a celebrar junta general de la sociedad, han solicitado la convocatoria judicial de junta general.

5. Que la sociedad «Top Locations, N.V.» tiene embargadas sus participaciones en «Ala Oeste Inversiones, S.L.», las cuales están siendo objeto de un proceso de ejecución por parte de un acreedor y en cualquier momento serán objeto de adjudicación a un tercero. Siendo por tanto hecha la solicitud de mala fe y con abuso de derecho.

6. Que la solicitante, como causa de su solicitud, realiza unas alegaciones sobre «desviaciones y administración desleal» que no son ciertas y sólo pretenden ser «cortina de humo» de la misma.

Con el citado escrito de oposición se acompañaba fotocopia de los documentos que el oponente consideró pertinentes.

III

La registradora mercantil de Barcelona II, doña Mercedes Barco Vara, dictó resolución de fecha 2 de agosto de 2017 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 13 de septiembre de 2017, que tuvo entrada el mismo día 13 del mismo mes en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos por extenso en el antecedente II y se reducen a:

1. Indefensión.
2. Falta de capacidad y legitimación para solicitar el nombramiento.
3. No existir objeto de auditoría.
4. Solicitud de convocatoria judicial de junta general.
5. Mala fe y con abuso de derecho al hallarse embargadas las participaciones.
6. Falta de certeza de la causa de la solicitud de nombramiento de auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 primer lugar, y en cuanto a la indefensión, según se deduce del expediente obrante en esta DG, consecuencia de las manifestaciones bajo su firma de la propia registradora mercantil de Barcelona, el expediente ha sido remitido por completo al recurrente hasta en dos ocasiones, dándosele traslado de la totalidad de la documentación solicitada con fechas 17 de julio de 2017 y 5 de septiembre de 2017, no pudiendo prosperar por tanto la citada alegación que, en su caso, no provocaría los efectos pretendidos por el recurrente.

2. En segundo lugar, por lo que hace a la falta de capacidad y legitimación para solicitar el nombramiento, este Centro Directivo ha entendiendo reiteradamente ser suficiente a tal efecto 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, ya que, tanto en el escrito de oposición como en el escrito de alegaciones complementarias, no ha negado o desvirtuado que la sociedad «Top Locations, N.V.» ostente la condición de socia de «Ala Oeste Inversiones, S.L.», sino que sus alegaciones han ido dirigidas a cuestionar la falta de capacidad y legitimación tanto de don ….., como del letrado don ….., para realizar la solicitud de nombramiento de auditor en nombre de la mercantil belga «Top Locations, N.V.». No obstante lo anterior, como resulta del expediente se halla suficientemente acreditada tanto la condición del administrador como la de apoderado antes referidos, en relación a la entidad «Top Locations España, S.L.», y también se ha acreditado que ésta última mercantil ostenta la condición de administradora de la compañía «Top Locations, N.V.».

3. En cuanto a la inexistencia del objeto de auditoría, debe señalarse que el hecho de que las cuentas no hayan sido formuladas, estando dentro de plazo para la confección y depósito de las mismas, tampoco puede impedir que los socios ejerciten su derecho al nombramiento registral de auditor cuentas. Sin perjuicio de que el plazo establecido por el artículo 253 de la Ley de Sociedades de Capital para la formulación de las cuentas anuales por los administradores se trata de un plazo diferente e independiente del plazo para solicitar el nombramiento de auditor de conformidad con el artículo 265.2 antes citado que establece que se solicite dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social, debe señalarse que el derecho reconocido a los socios sólo está condicionado a que los solicitantes reúnan las circunstancias de capital y tiempo que en dichos preceptos se mencionan, sin que haya de esperarse a la formulación de las cuentas ni a la previa celebración de la junta. Por el contrario, básicamente lo que la Ley ha pretendido con este derecho –entre otras finalidades– es, precisamente, que los socios puedan disponer de dicho informe antes de la celebración de dicha asamblea general con el fin de proceder –con mayor conocimiento de causa– a la aprobación o no de las cuentas anuales que les presentan los órganos sociales (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 1 de abril de 2009,17 de agosto y 18 de octubre de 2010, entre otras).

4. Respecto de la solicitud de convocatoria judicial de junta general, no es causa hábil para estimar la oposición, dado que 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 relativos a capital y tiempo 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).

5. En cuanto a las alegaciones relativas a la mala fe y abuso de derecho, al hallarse embargadas las participaciones que la sociedad «Top Locations, N.V.» tiene en «Ala Oeste Inversiones, S.L.», 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 de los solicitantes como pretende el 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, como ya se ha señalado antes.

Por otra parte, en cuanto al embargo de participaciones, esta Dirección General ha reiterado (resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero de 2014, entre las más recientes) que sólo procede la suspensión del procedimiento cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría, se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas o bien de un porcentaje sobre un conjunto de ellas. Cualquier otra cuestión entre las partes o entre estas y la sociedad debe seguir su curso por los trámites legalmente establecidos sin que tengan la virtuali-

dad de afectar al procedimiento de nombramiento de auditor previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por ello, en el caso que nos ocupa, el embargo de las participaciones sociales no puede enervar por sí solo el derecho de un socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

6. Finalmente, en cuanto a la falta de certeza de la causa de la solicitud de nombramiento de auditor, en tanto que el solicitante trae como causa de su solicitud unas alegaciones sobre «desviaciones y administración desleal» que no son ciertas y sólo pretenden ser «cortina de humo» de la misma, 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).

Lo anterior, unido al cumplimiento por el solicitante de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando el solicitante más del cinco por ciento del capital social y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2016.

Por otra parte, los anteriores fundamentos de derecho harían innecesario analizar las consecuencias derivadas del hecho de que el escrito de recurso ha sido formulado únicamente por el representante de la administradora mancomunada «Entrada Norte, S.L.», por tanto, en la representación alegada, carecería de legitimación para actuar por sí solo en nombre de la sociedad «Ala Oeste Inversiones, S.L.», pero como quiera que aunque ello no hubiese sido así, la conclusión aquí adoptada sería la misma, procede la resolución del mismo sin más dilaciones.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona II, doña Mercedes Barco Vara, de fecha 2 de agosto de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 11 de diciembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 11 de diciembre de 2017 (2)

En el expediente 181/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Ingenieros Altoaragón, S.L.P.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 9 de agosto de 2017, dirigido al Registro Mercantil, en el que tuvo su entrada el día 14 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Ingenieros Altoaragón, S.L.P.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta que, como socio de la sociedad ha notificado, por conducto notarial, que siendo titular de 2004 participaciones de la sociedad equivalente al 33% de la sociedad ejercita su derecho de separación previsto en el artículo 13 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo.

II

Tras la práctica de unas diligencias de subsanación, la registradora mercantil de Huesca, doña Belén Madrazo Meléndez dictó resolución en fecha 22 de agosto de 2017 por la que acordó proceder al nombramiento del experto solicitado.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por escrito de fecha 18 de septiembre de 2017, alegando que el socio no ha observado lo dispuesto en el artículo 19 de los estatutos sociales que establece: «Toda cuestión o desavenencia (a salvo el derecho de impugnación de los acuerdos sociales) entre socios o entre estos y la sociedad, se someterá a arbitraje de equidad, sometiéndose todos ellos al fuero de la sociedad, con renuncia del propio si fuera distinto».

IV

La registradora mercantil de Huesca, doña Belén Madrazo Meléndez dictó resolución en fecha 22 de septiembre de 2017, por la que desestima la oposición.

V

Don ….. y don …..., como administradores mancomunados, por escrito de fecha 18 de octubre 2017, que tuvo entrada el día 24 posterior en el Registro Mercantil de Huesca, si bien presenta sello de imposición de correos el día 21 de septiembre, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que la resolución de la registradora considera que se excluye el derecho del socio a separarse de la sociedad cuando sólo se discute la forma de determinar el valor de las participaciones. Que los socios pactaron en estatutos que sería un árbitro de equidad el que resolviese sus desavenencias al amparo de lo establecido en el artículo 11 bis de la Ley de Arbitraje, así como del principio de autonomía de la voluntad de los artículos 19 y 28 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que el socio ha interpuesto procedimiento verbal ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón solicitando se dicte sentencia en la que se designe árbitro de equidad lo que se justifica con copia de la demanda, así como del Decreto de 5 de octubre de 2017 del letrado de la Administración de Justicia don ….. por el que se admite a trámite la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 346 y ss. de la Ley de Sociedades Capital, 13 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Como ha reiterado esta Dirección (resoluciones en sede de designación 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 se está discutiendo en vía judicial la legitimación del solicitante, bien porque se discuta su condición de socio, bien porque se discuta el porcentaje de partici-

pación 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. El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida este siendo ejercitada por los Tribunales impide que esta Dirección se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto.

Esta es la situación que se encuentra planteada en el supuesto de hecho: del expediente resulta que existe una contienda planteada por el propio solicitante en el ámbito judicial de cuyo resultado dependerá o no la designación de un árbitro cuya función será exactamente la misma que la prevista en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital: la determinación del valor razonable de las participaciones sociales. Hasta que tal cuestión no esté decidida por resolución judicial firme no puede el registrador mercantil resolver sobre si concurren o no los requisitos establecidos en el ordenamiento para determinar la procedencia de la designación de un experto independiente. 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 del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007 (en materia de designación de auditores), la pretensión de que se lleve a cabo una nueva auditoría referida al mismo ejercicio debe ser rechazada por innecesaria y sin perjuicio de la valoración jurídica que de tal pretensión puedan deducir los Tribunales de Justicia (Fundamento de Derecho segundo *in fine*).

2. Como consecuencia de lo anterior esta Dirección General resuelve en los siguientes términos:

1.º Se deja sin efecto la resolución de la registradora mercantil de Huesca, doña Belén Madrazo Meléndez de fecha 22 de septiembre de 2017.

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 la registradora mercantil, una vez que se le acredite por la parte interesada la existencia de una resolución judicial firme, resuelva lo que proceda de conformidad con la doctrina expuesta más arriba.

3.º Devolver el expediente a la registradora mercantil a fin de que se lleven a cabo las anteriores diligencias.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Huesca, doña Belén Madrazo Meléndez de fecha 22 de septiembre de 2017, en los términos expresados.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 impug-

nada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 11 de diciembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Huesca.

Resolución de 11 de diciembre de 2017 (3)

En el expediente 182/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Asofrio 2002, S.L.»

HECHOS

I

Doña ….., actuando en representación de la sociedad «Enginyeria de Climatitzacio i Installacions, S.A.», presentó un escrito dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 2 de agosto de 2017, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de «Asofrio 2002, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta:

a) Que su representada es titular de una acción de la sociedad.

b) Que la junta general de accionistas en su reunión de 29 de junio de 2017 acordó la aprobación de las cuentas del ejercicio 2016 así como la aplicación del resultado a reservas. Consta expresamente en el acta de la junta que la representante de la sociedad solicitó que se pusiera a votación el reparto de dividendo y que, ante la negativa de la mesa, dejo constancia de su voto en contra de la propuesta y a favor de la distribución de dividendos del total de beneficios distribuibles.

c) Que mediante acta de requerimiento de fecha 24 de julio de 2017 la sociedad «Enginyeria de Climatitzacio i Installacions, S.A.» notifica a la sociedad «Asofrio 2002, S.L.», el ejercicio de su derecho de separación de conformidad con la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. En la misma acta la sociedad comunica la improcedencia del ejercicio del derecho de separación por no resultar los beneficios de la actividad ordinaria de la sociedad y que se va a proceder a la convocatoria de junta con el objeto de someter a votación el reparto de dividendos, tal y como se manifestó en la junta de 29 de junio.

II

Notificada la sociedad de la apertura del expediente, se opuso a la pretensión del socio alegando: Que la designación de experto prevista en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital deriva de la existencia del derecho de separación contenido en el artículo 348 bis

de la propia Ley. Que en el supuesto, y como se contestó al requerimiento de la socia, no procede el derecho de separación porque los beneficios del ejercicio eran excepcionales y financieros por lo que no hubo lugar a reunión alguna o a conversación en relación a la valoración.

III

Tras diversas diligencias, la registradora mercantil de Madrid núm. 17, doña Carmen de Grado Sanz dictó resolución en fecha 20 de septiembre de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Doña ….., como directora general de la sociedad, por escrito de fecha 24 de octubre de 2017, que tuvo entrada el día 26 inmediato posterior 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 como resulta del acta de la junta de 29 de junio de 2017 y en la contestación al requerimiento que hizo el socio que pretende la separación, ya se detallaron al solicitante algunos de los ingresos que no eran ordinarios como los excepcionales o financieros (14.384,07 euros), de mayor patrocinio de eventos (4.634,79 euros), abonos por Vodafone (3.567,34 euros), cuotas de asociados (7.750, 19 euros), ingresos que sumados sobrepasan los 30.000 euros, superando ampliamente los beneficios del ejercicio. No hubo por tal motivo reunión alguna o conversación para discutir la valoración de la acción. Negado por la mercantil la existencia de derecho de separación no procede la aplicación del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital debiendo sustanciarse ante la jurisdicción ordinaria la procedencia o no del derecho de separación. 2.º El artículo 348 bis nace con la vocación de evitar situaciones abusivas pero el ejercicio del derecho de separación debe hacerse siguiendo los principios de la buena fe. En la junta general de 29 de junio se puso de manifiesto que el consejo propuso llevar el resultado del 2016 a reservas voluntarias para someter a una votación posterior, en junta a convocar, el reparto con cargo a reservas de un dividendo mucho mayor, de 232.000 euros y que no era posible someterlo a votación en la junta pues por error no se hizo constar en el orden del día. Dicha junta ya se encuentra convocada para su celebración el día 28 de noviembre de 2017 en cuyo orden del día se hace constar: «aprobación del reparto de dividendos acordados y aplazados en la junta general de 29 de junio de 2017.» Que el artículo 276 de la Ley de Sociedades de Capital prevé que la junta determine el momento del pago de los dividendos que es lo que ha ocurrido; se aplazó el pago debido al error de no incluir en el orden del día la propuesta de reparto de dividendo. Que de todo lo anterior resulta con claridad que no estamos ante un supuesto de mayoría que perjudica al socio minoritario sino ante el supuesto inverso.

V

La sociedad ejerciente del derecho de separación presentó escrito de alegaciones fechado el día 1 de diciembre de 2017 con sello de imposición de correos del día 4 inmediato posterior.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015 y 20 de septiembre y 23 de octubre de 2017.

1. Constituye el objeto de la presente dilucidar si procede la designación de experto independiente con la finalidad de llevar a cabo la determinación del valor razonable de la participación de un socio que ha ejercitado su derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. La particularidad del supuesto de hecho consiste en que en la propia junta general en que se acordó destinar el beneficio a reservas se puso en conocimiento de los socios que se convocaría una nueva junta general para distribuir dividendo con cargo a reservas. La sociedad se opone en los términos que resultan de su escrito de recurso.

2. Es doctrina de esta Dirección General (*vide* resoluciones de 2 de noviembre de 2010, de 7 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2015), que la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social (*vid.* apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las causas legales de separación de los socios, sino que se permiten otras estatutarias (*cfr.* artículos 346 y 347 de la Ley Sociedades de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones» (sentencia del Tribunal Supremo 63/2011, de 28 de febrero).

La amplitud con la que el legislador ha regulado el derecho de separación se ha extendido, en parte, al régimen jurídico de las sociedades anónimas como resulta de la simple comparación entre el régimen de la derogada Ley (*vide* artículos 147, 149 227 y 320 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), con el vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital. El fundamento en este caso, es la protección de la minoría que aún en sociedades abiertas, como son las sociedades anónimas, precisan de la tutela del ordenamiento cuando las modificaciones impuestas por la mayoría puedan afectar al núcleo de sus derechos individuales.

Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones o acciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

3. La doctrina expuesta de este Centro Directivo es plenamente respetuosa con la expresada por nuestro Tribunal Supremo que, en su sentencia 32/2006 de 23 enero (seguida por las que luego se citarán), estableció su posición al respecto afirmando que: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. b) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. c) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legalmente previsto mediante e implica una declaración recipticia que debe hacerse llegar a la sociedad. d) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. e) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

4. Junto a los supuestos legales o estatutarios, que podrían denominarse tradicionales en nuestro ordenamiento, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto, que se transcribe más abajo, entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de

mayo). Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un *iter* legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017.

Dice así el artículo 348 bis: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas».

Como pone de relieve la sentencia 84/2014, de 21 de marzo de la Audiencia Provincial de La Coruña (sección 4.ª): «Su fundamento radica en que la Ley atribuye a la Junta General de Accionistas la facultad de decidir sobre la aplicación del resultado, si procede el reparto de dividendos, en el caso de que existan beneficios repartibles, que es el derecho en abstracto de los accionistas a participar, por lo que la denegación sistemática y reiterada a lo largo de los años por la mayoría del capital social en Junta puede generar conflictos entre los socios minoritarios, que precisamente el derecho a dividendo es lo que les llevó a participar en la sociedad, concediendo a éstos de tal forma la ley un derecho de separación, cumpliendo determinados requisitos».

La resolución transcrita se hace eco de la afirmaciones contenidas en la sentencia 873/2011 de 7 diciembre de nuestro Tribunal Supremo cuando afirma: «Tratándose en concreto de acuerdos referidos a la aplicación del resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios –a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg–, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo (RJ 2005, 5761), que «[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría»… En este sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 788/1996, de 10 de octubre (RJ 1996, 7063) –el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta–, 215/1997, de 19 de marzo –[s]iendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas»–, y 60/2002, de 30 de enero, «[e]l accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la

Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago».

De este modo, la norma viene a objetivar lo que no venía siendo reconocido más que como principio del derecho de sociedades, proporcionando una potente herramienta jurídica a los socios minoritarios en defensa de sus intereses cuando el fin de lucro inherente a las sociedades de capital no se traduce en una adecuada participación de los socios en los beneficios obtenidos.

La regulación delimita adecuadamente los límites en que el derecho debe ser ejercitado (*vide* sentencia 22/2013, de 23 de enero de la Audiencia Provincial de Valencia –sección 9.ª–, sentencia 278/2013, de 18 de noviembre de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa –sección 2.ª–, sentencia 322/2015, de 2 de diciembre de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –sección 4.ª–, y sentencia 97/2015, de 31 de marzo del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián), límites que deben ser contemplados con especial rigor ya que no se escapa a esta Dirección que la facultad atribuida al socio minoritario puede dar a situaciones no deseadas por el legislador y que pueden revestir muy distinta índole.

5. En su escrito de recurso la sociedad se opone a la designación por varios motivos: porque negada la existencia de derecho de separación debe ser determinada con carácter previo en el orden jurisdiccional; porque los beneficios obtenidos no proceden del ejercicio ordinario de la actividad social; porque en la propia junta se comunicó a los socios que se convocaría una posterior junta con el fin de repartir dividendo con cargo a reservas en cuantía muy superior a la derivada de la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital; y porque, en la junta se aprobó un reparto de dividendo cuyo pago se pospuso a la posterior junta como resulta de su orden del día.

Ninguno de dichos motivos puede enervar el derecho del socio a ejercitar su derecho de separación ni la resolución de la registradora mercantil sobre la procedencia de la designación de experto.

6. En primer lugar, porque es indiscutible la competencia de la registradora mercantil para apreciar la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio del derecho de separación. El expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 353 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 experto independiente a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intere-

ses 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 353 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.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 353 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos la Ley atribuye competencia al registrador para dictar una resolución en la que, estimando la solicitud hecha por quien corresponda y apreciando la concurrencia de los requisitos legales, designar a un experto independiente o adoptar otras medidas sin perjuicio del eventual recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Precisamente porque el registrador tiene competencia para apreciar la concurrencia de los requisitos legales, esta Dirección General ha reiterado que no procede la estimación de la solicitud cuando del expediente no resulte aquella concurrencia, aun cuando no hubiera existido oposición de la contraparte (*vide* por todas, resolución de 26 de septiembre de 2014).

La doctrina expuesta es plenamente coherente con la atribución legal de competencias que a los registradores ha realizado la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en cuya disposición final decimocuarta se hace expresa atribución competencial a los registradores mercantiles en cuestiones que hasta dicho momento correspondía a los jueces). Como pone de relieve su Exposición de Motivos: «La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una Ley de la Jurisdicción Voluntaria forma parte del proceso general de

modernización del sistema positivo de tutela del Derecho privado… resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales… Buscando dar una respuesta idónea a las cuestiones anteriores, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, conforme con la experiencia de otros países, pero también atendiendo a nuestras concretas necesidades, y en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados. La solución legal dada es acorde con los postulados de nuestra Carta Magna y, además, oportuna en atención a diferentes factores. El prestigio adquirido a lo largo de los años por estos Cuerpos de funcionarios entre los ciudadanos es un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados, como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica, sin olvidar el hecho de que muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto obtener la certeza sobre el estado o modo de ser de determinados negocios, situaciones o relaciones jurídicas que dichos profesionales están en inmejorable condición para apreciarlos adecuadamente…».

En definitiva, el reconocimiento legal confirma la pertinencia de la atribución competencial, su carácter constitucional, la ausencia de violación de principios constitucionales, así como la ausencia de merma de garantías legales.

7. En segundo lugar, la sociedad no ha acreditado en modo alguno que los beneficios obtenidos en el ejercicio no sean «*los beneficios propios de la explotación del objeto social*». El propio escrito de recurso se limita a hacer referencia a «algunos» de los beneficios obtenidos aseverando que carecen de la condición de propios de la actividad ordinaria de la sociedad, pero sin aportar argumento o prueba alguna que los excluya de tal consideración.

Como resulta de la dicción del artículo 348 bis es presupuesto básico de existencia del derecho de separación que la junta general haya tomado la decisión de no repartir dividendo de al menos «*un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.*» El beneficio pues no sólo ha de ser legalmente repartible (*vide* artículos 273 y 326 de la Ley de Sociedades de Capital), sino que ha de proceder de la explotación del objeto social.

El concepto de lo que debe considerarse como beneficio propio de la explotación ha sido debidamente tratado por la sentencia número 81/2015 de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.ª), cuyo criterio, que esta Dirección debe aplicar, es el siguiente: «La doctrina, al analizar el artículo 348 bis, considera que para determinar el «beneficio propio de la explotación del objeto social» habrá que excluir los «beneficios extraordinarios o atípicos», valorando a tal efecto la interpretación que se venía haciendo del artículo 128 de la LSC y la justificación de la enmienda que modificó la Ley. Compartimos ese criterio, que también es aceptado por las partes, por lo que para fijar la base de reparto de la que se obtiene el tercio legal habrá que partir del resultado del ejercicio y depurarlo mediante la eliminación de los beneficios extraordinarios. A partir de ahí, no podemos compartir el criterio de la demandada, acogido sustancialmente por la sentencia apelada, que identifica «beneficio propio de la explotación del objeto social» con el beneficio que una compañía obtiene con su actividad ordinaria, esto es, con la que define el objeto social. Según LAMIR S.A. hay que adentrase en la sustancia económica de cada operación: beneficio ordinario será aquel que procede de operaciones vinculadas al objeto social y beneficio extraordinario el obtenido con operaciones ajenas o extrañas al mismo. Sólo los primeros, al entender de la demandada, han de ponderar para determinar «beneficio propio de la explotación del objeto social» Además, el círculo se cierra, a nuestro modo de ver de forma incorrecta, cuando se constriñe el objeto de la sociedad a la actividad explicitada en los estatutos, con exclusión de otras que contribuyen a la consecución del fin social, como pueden ser los ingresos financieros. Si nos guiáramos exclusivamente con criterios funcionales o materiales, sería preciso analizar todos y cada uno de los ingresos y gastos de la sociedad, para dilucidar si podemos calificarlos como típicamente «ordinarios», lo que generaría incertidumbre e inseguridad jurídica. No bastaría, en este caso, con escrutar las tres partidas de ingresos identificadas por la demandada. Ciertamente, no podemos estar a un concepto estrictamente contable de «beneficio propio de la explotación del objeto social», dado que como tal no está contemplado en la normativa contable. Es más, el vigente Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007 (RCL 2007, 2098 y 2386), tampoco reconoce la categoría de «resultados extraordinarios», pues sólo distingue entre «resultados de explotación» y «resultados financieros». Ello no obstante, no podemos prescindir por completo de los criterios contables, en la medida que la base de reparto se determina a partir de lo que

resulte de las cuentas anuales aprobadas en junta general y las partidas excluidas por LAMIRSA, al igual que el beneficio del ejercicio 2011, se extraen directamente de la cuenta de pérdidas y ganancias. En consecuencia, entendemos que el Plan General de Contabilidad nos aporta los parámetros fundamentales que nos aproximan al concepto de «beneficio propio de la explotación del objeto social», dado que sí define qué ha de entenderse por «beneficio» o «ingreso extraordinario». De este modo, el PGC de 1990, aprobado por el Real Decreto 1643/1990 (RCL 1990, 2682 y RCL 1991, 676) –el artículo 348 bis tiene como precedente normas redactadas cuando dicho Plan estaba en vigor–, definía « ingresos extraordinarios» como aquellos «beneficios o ingresos de cuantía significativa que no deban considerarse periódicos al evaluar los resultados futuros de la empresa», añadiendo que «como regla general un beneficio o ingreso se considerará extraordinario únicamente si se origina por hechos o transacciones que, teniendo en cuenta el sector de la actividad en que opera la empresa, cumple las condiciones siguientes: (i) caen fuera de la actividades ordinarias y típicas de la empresa y (ii) no se espera, razonablemente, que ocurran con frecuencia». El nuevo PGC, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por su parte, contempla, en sustitución de los ingresos extraordinarios, la cuenta correspondiente a «ingresos excepcionales», que son definidos como « beneficios e ingresos de carácter excepcional y cuantía significativa», encontrándose entre ellos « los precedentes de aquellos créditos que en su día fueron amortizados por insolvencias firmes». En definitiva, que el ingreso sea ajeno a la actividad típica de la empresa es una condición necesaria para que pueda ser considerado «beneficio extraordinario». No es, sin embargo, un requisito suficiente ni la condición principal, pues tendrá que ser de cuantía significativa, en relación con el importe neto de la cifra de negocio, y tener su origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia».

Este es el marco conceptual en el que debe tomar el registrador mercantil su decisión en caso de que las partes no estén de acuerdo en la concurrencia del requisito exigido por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. De este modo si la sociedad niega la existencia de un «beneficio propio de la explotación del objeto social» que sirva de base al ejercicio del derecho de separación alegado por el solicitante, debe acreditar dicha circunstancia a satisfacción del registrador y de acuerdo con los parámetros expuestos. Es doctrina reiteradísima de esta Dirección General (en sede de recursos contra resoluciones de los registradores sobre procedencia de la designación de auditores por aplicación del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, *vide* por todas resoluciones de 17 de abril, 7 de mayo, 8 de septiembre y 28 de octubre de 2015, 16 de junio de 2016 y 2 de febrero de 2017), que cuando la sociedad niegue la concurrencia de los requisitos legales en que el interesado funda su pretensión debe acreditarlo debidamente a fin de no romper el principio de igualdad entre las partes del procedimiento. Consecuentemente, la mera afirmación de parte de que no concurren los requisitos legales o la nega-

tiva de la prueba aportada por el solicitante no bastan por si solos para desestimar su solicitud.

8. En tercer lugar, porque la mera previsión llevada a cabo en la junta de 29 de junio de 2017 en la que se aprobaron las cuentas, así como la aplicación del resultado, a una posterior convocatoria para repartir dividendo no impide el nacimiento del derecho de separación. La previsión del artículo 348 bis es diáfana a este respecto: el derecho de separación surge cuando concurren los requisitos en el previstos como afirma la sentencia 81/2015 de 26 marzo de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 15.ª): «… los presupuestos para el ejercicio del derecho de separación son los siguientes: Que la sociedad lleve cinco años inscrita en el Registro Mercantil. La norma, por tanto, sólo exige cinco años desde la inscripción, no la negativa reiterada al reparto de dividendos manifestada durante cinco ejercicios. Que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior al acuerdo. Que los beneficios sean legalmente repartibles. Que el socio hubiese votado a favor de la distribución de dividendos. Que el derecho se ejercite en el plazo de un mes desde la fecha de la celebración de la junta. Que no se trate de una sociedad cotizada».

Resultando del acta de la junta con absoluta claridad que la junta general decidió no repartir dividendo se cumple la previsión de la norma. El hecho de que con posterioridad al acuerdo de junta se lleve a cabo una nueva convocatoria en la que se contemple la previsión de reparto de dividendo no desvirtúa la anterior afirmación. Ni siquiera en el supuesto de que se considere acreditado el hecho de la aprobación posterior de un reparto de dividendos en relación al mismo ejercicio. No puede aceptarse como causa de enervación del ejercicio del derecho de separación y de la designación de experto solicitada, que la sociedad haya acordado con posterioridad un reparto de dividendos. Como ya afirmara nuestro Tribunal Supremo en un supuesto sustancialmente idéntico al presente, (*vid.* Sentencia de 26 de enero de 2006), es indudable que la sociedad puede «rectificar, desistir, arrepentirse o renunciar» un acuerdo que previamente haya adoptado, pero siempre con pleno respeto a las normas del ordenamiento jurídico y con efectos *ex nunc* pues no puede pretenderse dejar sin efecto aquellos ya producidos. Y es que, afirma la propia Sentencia: «No hay, en primer lugar, tal restablecimiento (de una situación anterior), sino una nueva modificación que carece de efectos retroactivos, que sólo cabe reconocer a las Leyes que así lo dispongan (art. 2.3 CC) dentro de los límites de seguridad que señala el artículo 9.3 de la Constitución…».

Con mayor contundencia la Sentencia de 18 de octubre de 2012 afirma: «… la primera premisa de la que debemos partir es que nuestro sistema admite de forma expresa que las sociedades mercantiles adopten acuerdos que dejen sin efecto los anteriores, mediante la adopción de otros para revocar expresamente los adoptados o mediante la adopción de otros incompati-

bles. Ello, sin perjuicio de que, como indica la sentencia 32/2006, de 23 de enero (RJ 2006, 256), no existe un «derecho al arrepentimiento» con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo revocado…».

Como pone de relieve la reciente resolución de 17 de abril de 2017 de este Centro Directivo en materia de recursos contra las calificaciones de los registradores, de la doctrina jurisprudencial expuesta resulta que el acuerdo revocatorio o modificatorio de otro anterior no puede perjudicar ni alterar situaciones jurídicas con proyección sobre intereses de tercero, pues de otro modo quedaría en manos de la propia sociedad el ejercicio de los derechos individuales que al socio otorga el ordenamiento jurídico, lo que nos lleva a la última cuestión.

9. Afirma el escrito de recurso que en la junta general en la que se aprobaron las cuentas anuales y el destino de la aplicación del resultado en realidad aprobó un acuerdo de distribución de beneficio cuyo reparto se dejó para un momento posterior. Incluso la sociedad convoca nueva junta haciéndolo así constar en el orden del día: «aprobación del reparto de dividendos acordados y aplazados en la junta general de 29 de junio de 2017.», y afirmando que se trata de una aplicación de la previsión del artículo 276.1 de la Ley de Sociedades de Capital a cuyo tenor: «En el acuerdo de distribución de dividendos determinará la junta general el momento y la forma del pago».

El argumento es insostenible. Del contenido del acta de la junta general celebrada el día 29 de junio de 2017 resulta, sin asomo de duda, que la junta general no aprobó la distribución de beneficio sino aplicar el resultado a reservas. Las afirmaciones en ella contenidas y vertidas por la mesa sobre los motivos que llevaron a tomar tal decisión o sobre las acciones futuras de la sociedad en relación al reparto de dividendos, no pueden ocultar el hecho incontestable de que la junta general no aprobó distribución del resultado en forma de dividendo.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid núm. 17, doña Carmen de Grado Sanz de fecha 20 de septiembre de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 11de diciembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 22 de diciembre de 2017 (1)

En el expediente 184/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de una socia de «Bufete Castro Muñoz, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 25 de julio de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 27 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Bufete Castro Muñoz, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta:

7. Que la junta general ordinaria en su reunión de 30 de junio de 2017 llevó a cabo la aprobación de las cuentas y de aplicación de resultado del ejercicio 2016 con el voto en contra de la solicitante. La aplicación del resultado destina el total beneficio obtenido a reservas voluntarias y de capitalización. Del ejemplar del acta del a reunión, que se acompaña, resulta lo siguiente: «Tercero. Habida cuenta que el resultado económico del ejercicio arroja un saldo positivo de ….., se acuerda con voto favorable del 90% del capital social y el negativo de doña ….. titular del 10% del capital social y su oposición al acuerdo, la distribución de la siguiente forma: Reservas voluntarias ….. Reservas de capitalización ….. Total …..»

La socia notificó por burofax a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, al que contesta la sociedad afirmando la no concurrencia de los requisitos.

b) Que la junta general extraordinaria de la misma fecha acordó, con el voto en contra de la solicitante, la modificación del objeto social. Del ejemplar del acta de la reunión, que se acompaña, resulta lo siguiente: «Tercero. Aprobar con el voto favorable del 90% del capital social y el negativo de doña ….., titular del 10% del capital social y su oposición a la nueva redacción del artículo 2.º de los estatutos sociales tal y como fue recogida en el orden del día, el cual quedará redactado de la siguiente manera: Constituye su objeto social la intermediación en el asesoramiento jurídico fiscal, laboral, mercantil, civil y penal, pudiendo dedicarse a otras operaciones de lícito comercio, previo acuerdo de la junta general y cumplimiento de las formalidades legales».

La socia notificó por burofax a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 346 A) de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad le contestó afirmando la no concurrencia de los requisitos previstos legalmente.

II

Notificada la sociedad del inicio del expediente, se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que en relación al ejercicio del derecho de separación del artículo 348 bis de la

Ley de Sociedades de Capital resulta que el sentido del voto emitido por la solicitante en la junta general y en relación al acuerdo de distribución de beneficios fue en contra. Basta leer el acta de la reunión para concluir que la solicitante se limitó a votar en contra del acuerdo de distribución del beneficio. La dicción del artículo 348 bis es clara y exige el voto favorable a la distribución de beneficio, requisito que no se produce por lo que no existe el derecho de separación. 2.º Que en relación al derecho de separación contemplado en el artículo 346 A) de la Ley de Sociedades de Capital, la modificación operada se ha llevado a cabo por imperativo legal como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 2/2007, de 15 de marzo de sociedades profesionales. Que la sociedad no se transformó en sociedad profesional por impedirlo la composición de su capital social por lo que siguió operando como una sociedad de medios si bien la previsión de su disposición transitoria primera, y su amenaza de disolución, ha forzado la modificación. Que la modificación operada no ha alterado la actividad de mediación por lo que no es de aplicación el artículo 346 A) ya que la sociedad no ha sustituido ni alterado sustancialmente su objeto citando en su apoyo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de julio de 2015. Que no existe modificación del sector de actividad. 3.º Que ante la oposición de la sociedad la determinación de si a la socia le asiste o no el ejercicio del derecho de separación debe quedar al arbitrio del orden jurisdiccional correspondiente sin que sea el registrador competente para establecer la eventual existencia de incumplimientos en sede mercantil y en materia del ejercicio del derecho de separación. Que es preciso que la solicitante acuda a la jurisdicción competente a fin de que se declare con carácter previo la existencia del derecho de separación».

La solicitante presentó escrito de alegaciones en fecha 6 de septiembre de 2017 reafirmándose en su solicitud.

III

El registrador mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 7 de septiembre de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición en cuanto la solicitud realizada al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y admitirla en cuanto a la solicitud realizada al amparo del artículo 346 A) de la Ley de Sociedades de Capital, y declarando la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don ….., como apoderado de la sociedad, por escrito de fecha 9 de octubre de 2017, que tuvo entrada el día 10 inmediato 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 la disposición final de la Ley 9/2015, de 25 de mayo suspendió hasta el día 31 de diciembre de 2016 la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por lo que no puede reconocerse el ejercicio del derecho de separación en relación a un ejercicio en el que se encontraba suspendido por lo que sólo cabría reconocerlo para ejercicios posteriores al 1 de enero de 2017. Que así ocurre en el supuesto de hecho en el que en fecha 30 de junio se aprueban cuentas y resultado del ejercicio correspondiente a 2016. Que se trata de una norma de derecho transitorio que debe ser interpretada de modo restrictivo como ha reconocido la jurisprudencia constitucional y civil (con cita de sentencias). Que de la literalidad del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital será sobre el sexto ejercicio desde la inscripción de la constitución de la sociedad sobre el que cabrá

reclamar dividendo lo que supone que no existirá posibilidad de nacimiento del derecho de separación hasta el séptimo ejercicio cuando se celebre la junta correspondiente lo que traslado a su entrada en vigor impide el ejercicio respecto al ejercicio 2016. 2.º Que no concurre el voto a favor que exige el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que la norma establece una clara *conditio iuris* que implica una conducta activa del socio con rechazo de una mera actitud pasiva. Que así lo reconoce la sentencia del juzgado de lo mercantil de Barcelona de 25 de septiembre de 2013. Que en el supuesto de hecho, la solicitante no asumió la postura activa que le exige el precepto. Que el artículo 348 bis no acepta otra interpretación. Que del acta de la junta resulta que el orden del día estaba abierto. Que la solicitante, cuando se vota sobre el orden del día, se abstuvo sin solicitar siquiera que se modificase en sentido alguno ni que se contemplase la distribución de dividendo. Que el órgano de administración no propuso una concreta distribución del dividendo pues fue una mayoría del 90% del capital la que acordó la aplicación del resultado sin que existiera una previa propuesta. 3.º Que la sentencia de la Audiencia de Barcelona de fecha 26 de marzo de 2015 contempla un supuesto de hecho distinto pues en ella se discutía el concepto de beneficio propio de explotación, pero no las cuestiones planteadas en la presente. 4.º Que constándole al registrador la oposición de la sociedad no debería haber entrado a su conocimiento por estar reservada al procedimiento judicial correspondiente con cita de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 21 de junio de 2013.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015 y 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre de 2017.

1. Solicitada por una socia de la sociedad el nombramiento de experto independiente a fin de determinar el valor razonable de sus participaciones sociales como consecuencia del ejercicio del derecho de separación al amparo de los artículos 346 A) y 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador mercantil sólo aprecia la concurrencia de su derecho en este segundo supuesto. La sociedad frente a la que se ejercita el derecho de separación recurre en alzada contra dicha resolución sin que resulte del expediente que la solicitante haya impugnado a su vez por la desestimación del primer motivo de ejercicio del derecho de separación. Queda así circunscrito el objeto de la presente a determinar si es o no procedente la designación de experto independiente como consecuencia del ejercicio del derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Es doctrina de esta Dirección General (*vide* resoluciones de 2 de noviembre de 2010, de 7 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2015), que la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social (*vid.* Apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las causas legales de separación de los socios, sino que se permiten otras estatutarias (*cfr.* Artículos 346 y 347 de la Ley Sociedades de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones» (sentencia del Tribunal Supremo 63/2011, de 28 de febrero).

La amplitud con la que el legislador ha regulado el derecho de separación se ha extendido, en parte, al régimen jurídico de las sociedades anónimas como resulta de la simple comparación entre el régimen de la derogada Ley (*vide* artículos 147, 149 227 y 320 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), con el vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital. El fundamento en este caso, es la protección de la minoría que aún en sociedades abiertas, como son las sociedades anónimas, precisan de la tutela del ordenamiento cuando las modificaciones impuestas por la mayoría puedan afectar al núcleo de sus derechos individuales.

Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones o acciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

3. La doctrina expuesta de este Centro Directivo es plenamente respetuosa con la expresada por nuestro Tribunal Supremo que, en su sentencia 32/2006 de 23 enero (seguida por las que luego se citarán), estableció su posi-

ción al respecto afirmando que: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. B) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. C) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legalmente previsto mediante e implica una declaración recipticia que debe hacerse llegar a la sociedad. D) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. E) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

4. Junto a los supuestos legales o estatutarios, que podrían denominarse tradicionales en nuestro ordenamiento, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto, que se transcribe más abajo, entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo). Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un *iter* legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017.

Dice así el artículo 348 bis: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas».

Como pone de relieve la sentencia 84/2014, de 21 de marzo de la Audiencia Provincial de La Coruña (sección 4.ª): «Su fundamento radica en que la Ley atribuye a la Junta General de Accionistas la facultad de decidir sobre la aplicación del resultado, si procede el reparto de dividendos, en el caso de que existan beneficios repartibles, que es el derecho en abstracto de los accionistas a participar, por lo que la denegación sistemática y reiterada a lo largo de los años por la mayoría del capital social en Junta puede generar conflictos entre los socios minoritarios, que precisamente el derecho a dividendo es lo que les llevó a participar en la sociedad, concediendo a éstos de tal forma la ley un derecho de separación, cumpliendo determinados requisitos».

La resolución transcrita se hace eco de la afirmaciones contenidas en la sentencia 873/2011 de 7 diciembre de nuestro Tribunal Supremo cuando afirma: «Tratándose en concreto de acuerdos referidos a la aplicación del resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios –a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg–, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo (RJ 2005, 5761), que «[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (…) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría»… En este sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 788/1996, de 10 de octubre (RJ 1996, 7063) –el derecho abstracto al dividendo (…) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta–, 215/1997, de 19 de marzo –[s]iendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas»–, y 60/2002, de 30 de enero, «[e]l accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago».

De este modo, la norma viene a objetivar lo que no venía siendo reconocido más que como principio del derecho de sociedades, proporcionando una potente herramienta jurídica a los socios minoritarios en defensa de sus intereses cuando el fin de lucro inherente a las sociedades de capital no se traduce en una adecuada participación de los socios en los beneficios obtenidos.

La regulación delimita adecuadamente los límites en que el derecho debe ser ejercitado (*vide* sentencia 22/2013, de 23 de enero de la Audiencia Provincial de Valencia –sección 9.ª–, sentencia 278/2013, de 18 de noviembre de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa –sección 2.ª–, sentencia 322/2015, de 2 de diciembre de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –sección 4.ª–, y sentencia 97/2015, de 31 de marzo del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián), límites que deben ser contemplados con especial rigor ya que no se escapa a esta Dirección que la facultad atribuida al socio minoritario puede dar a situaciones no deseadas por el legislador y que pueden revestir muy distinta índole.

5. En el supuesto que da lugar a la presente, la sociedad impugna la resolución estimatoria del registrador mercantil por cuatro motivos distintos,

siendo el último de ellos el que ha de analizarse en primer lugar pues, de apreciarse, haría innecesario el estudio de los demás.

De acuerdo a dicho motivo de recurso, la existencia de oposición de la sociedad a la concurrencia de los requisitos previstos en el ordenamiento para la existencia del derecho de separación implica la ausencia de competencia del registrador, pues corresponde a los Tribunales de Justicia pronunciarse, con carácter previo, sobre tal cuestión.

El argumento no puede ser amparado por esta Dirección General. El expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 353 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 experto independiente a que se refiere el artículo 353 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 353 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.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 353 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos la Ley atribuye competencia al registrador para dictar una resolución en la que, estimando la solicitud hecha por quien corresponda y apreciando la concurrencia de los requisitos legales, designar a un experto independiente o adoptar otras medi-

das sin perjuicio del eventual recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Precisamente porque el registrador tiene competencia para apreciar la concurrencia de los requisitos legales, esta Dirección General ha reiterado que no procede la estimación de la solicitud cuando del expediente no resulte aquella concurrencia, aun cuando no hubiera existido oposición de la contraparte (*vide* por todas, resolución de 26 de septiembre de 2014).

La doctrina expuesta es plenamente coherente con la atribución legal de competencias que a los registradores ha realizado la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en cuya disposición final decimocuarta se hace expresa atribución competencial a los registradores mercantiles en cuestiones que hasta dicho momento correspondía a los jueces). Como pone de relieve su Exposición de Motivos: «La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una Ley de la Jurisdicción Voluntaria forma parte del proceso general de modernización del sistema positivo de tutela del Derecho privado… resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales… Buscando dar una respuesta idónea a las cuestiones anteriores, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, conforme con la experiencia de otros países, pero también atendiendo a nuestras concretas necesidades, y en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados. La solución legal dada es acorde con los postulados de nuestra Carta Magna y, además, oportuna en atención a diferentes factores. El prestigio adquirido a lo largo de los años por estos Cuerpos de funcionarios entre los ciudadanos es un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para inter-

venir en la tutela administrativa de determinados derechos privados, como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica, sin olvidar el hecho de que muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto obtener la certeza sobre el estado o modo de ser de determinados negocios, situaciones o relaciones jurídicas que dichos profesionales están en inmejorable condición para apreciarlos adecuadamente…».

En definitiva, el reconocimiento legal confirma la pertinencia de la atribución competencial, su carácter constitucional, la ausencia de violación de principios constitucionales, así como la ausencia de merma de garantías legales.

Como ha reconocido el Tribunal Supremo (sentencias de la sala 3.ª, de lo contencioso (Sección 6.ª), de 8 de julio de 2002, (RJ\2002\6552) y, Sentencia de 7 julio 2008, (RJ\2008\4401), 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 la sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 454/2013 de 28 junio y 674/2013 de 13 noviembre), 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.

La misma doctrina es aplicable a un supuesto como el presente en el que el registrador se limita a ejercer la competencia atribuida legalmente (*vide* artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital), por el procedimiento establecido (art. 363 del Reglamento del Registro Mercantil), y sin perjuicio del régimen de recursos previsto en el ordenamiento. En ningún caso el registrador ha resuelto una contienda entre particulares pues se ha limitado, como autoridad, a verificar si concurren o no los requisitos establecidos legalmente para la designación de persona que deba llevar a cabo la previsión legal de valoración de las participaciones y sin perjuicio del ejercicio de las acciones que los interesados entiendan procedentes en defensa de su derecho (*vide* resoluciones de 20 de enero de 2011 y 4 de febrero de 2013).

Las resoluciones judiciales citadas por la sociedad recurrente no se refieren a dicha cuestión (ni lo hace la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de marzo de 2015 ni la del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 21 de junio de 2013). No obstante, esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017 que si se refiere directamente a la cuestión y en el sentido propugnado por el recurrente. Al respecto es preciso poner de manifiesto que no resulta ni la firmeza de la resolución ni, en cualquier caso, constituye doctrina legal. Además, existen pronunciamientos contrarios como la sentencia de 26 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla, que refiriéndose a la misma cuestión, llega a la conclusión contraria.

6. La misma suerte desestimatoria corresponde a los otros motivos de recurso. En lo que se refiere a la aplicación de la previsión del artículo 348 bis al ejercicio 2016 en primer lugar. Como se ha afirmado más arriba, el precepto entró en vigor el día 1 de enero de 2017 y desde entonces despliega su eficacia con independencia del ejercicio a que se refiera, pues la norma carece de cualquier limitación al respecto. Como reconoce la sentencia 84/2014 de 21 marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª), en un supuesto sustancialmente idéntico al presente: «Y efectivamente, en el orden del día de la convocatoria de fecha 8 de agosto de 2011 para la Junta General Ordinaria de Accionistas se hace constar «Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010». Dicha Junta de la mercantil demandada se celebra el 15 de octubre de 2011, cuando ya estaba en vigor el art. 348 bis, votando los socios demandantes en contra de no repartir dividendos, al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social, aprobándose por la mayoría del capital social la propuesta de aplicar el resultado del ejercicio cerrado de 2010 a reservas. Este es el momento de la decisión de la voluntad social, el acuerdo adoptado en Junta General de Accionistas. Y como vimos se ejercita el derecho de separación por los socios demandantes dentro del mes siguiente, que es el plazo de su ejercicio, estando también en dicho momento en vigor dicho precepto, admitir lo contrario iría en contra del principio de seguridad jurídica en el tráfico jurídico, por otra parte es conocida, por reiterada, la jurisprudencia a la hora de interpretar de forma restrictiva las normas de derecho transitorio, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas».

La sentencia transcrita (en plena sintonía con el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo 32/2006 de 23 enero a que se ha hecho referencia más arriba), reconoce que es el momento del acuerdo de la junta cuando debe estar en vigor el precepto al ser cuando nace el derecho de separación por concurrencia de los requisitos legales, y con independencia de si lo estaba al cierre del ejercicio cuya aplicación del resultado se ha votado.

7. Tampoco son aceptables los otros dos motivos de recurso, relativos al sentido del voto de la solicitante, así como al contenido de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de marzo de 2015. Resulta patente que no puede rechazarse el ejercicio del derecho de separación derivado del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por el motivo alegado por la sociedad de que no ha existido un voto favorable de la socia a la propuesta de distribución de beneficios, sencillamente, porque no ha existido tal propuesta.

En contra de lo afirmado en el escrito de recurso, el orden del día lo elabora el órgano de administración y, tratándose de junta ordinaria, la propuesta de aplicación del resultado lo es a instancia del propio órgano (arts. 253 y 273 de la Ley de Sociedades de Capital). De este modo, de exigirse un voto favorable a la propuesta de reparto de dividendo cuando dicha propuesta no depende del socio sino del órgano de administración se estaría privando a aquél de un dere-

cho cuyo fundamento es, precisamente, la ausencia de propuesta de reparto de dividendo o la propuesta de reparto por debajo del umbral fijado por la Ley.

Además, es preciso interpretar el precepto en la forma más adecuada para que produzca el efecto perseguido y que se ha expuesto más arriba por extenso. Como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), 81/2015 de 26 marzo, para un supuesto en que el socio había votado a favor de una propuesta de reparto de dividendo por debajo del umbral establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital: «… En efecto, el artículo 348 bis condiciona el derecho de separación a que el socio «hubiere votado a favor de la distribución de los beneficios sociales». La doctrina ha destacada que la redacción del precepto es muy desafortunada, por cuanto, interpretado literalmente, cualquier socio, incluidos los integrantes de la mayoría que propugnan un reparto de beneficios inferior al legal, podría separarse por haber votado formalmente a favor. La lógica del precepto exigiría entender que el voto favorable lo ha de ser a una propuesta de distribución de beneficios superior al tercio de los obtenidos en el ejercicio anterior».

En definitiva, el ejercicio del derecho contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital exige que el socio no haya votado a favor de una propuesta que no contemple el reparto, en forma de dividendo, del resultado obtenido en el ejercicio en la proporción mínima que dicho precepto contempla. Del mismo modo no puede pretenderse que el ejercicio del derecho sea acompañado o precedido de otras acciones del socio no previstas en la Ley por ser su interés, el que trata de proteger el ordenamiento.

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 7 de septiembre de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 22 de diciembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo. Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 22 de diciembre de 2017 (2)

En el expediente 186/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Inmobiliaria Mohiba, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., en representación de «Promociones Urbanas Loix, S.L.», como administradora solidaria, presentó un escrito de fecha 26 de julio de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 31 de agosto posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de «Inmobiliaria Mohiba, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta:

a) Que, como resulta de copia de acta notarial que se acompaña, la sociedad Inmobiliaria Mohiba S.L., celebró junta general el día 30 de junio de 2017 conforme a la convocatoria llevada a cabo por el órgano de administración.

b) Que a la junta concurrieron los dos socios, la sociedad Cartera Torras S.L., titular del 65,50% del capital social y la sociedad «Promociones Urbanas Loix, S.L.», titular del restante 34,50%. Esta última sociedad entrega al notario autorizante un documento en el que expresa que la convocatoria no ha hecho mención de la puesta a disposición de los socios del informe de auditoría ni tampoco lo ha entregado a pesar de haberlo requerido. Todo ello vicia de nulidad la convocatoria de la junta, así como los acuerdos que se adopten.

c) Que en dicha reunión se aprobaron las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 así como la propuesta de aplicación del resultado a reservas. Consta expresamente que la representante de «Promociones Urbanas Loix, S.L.» propuso una aplicación del resultado a dividendo en su integridad o, al menos, de un tercio de los beneficios propios de explotación, propuesta que no es aprobada por la junta.

II

Notificada la sociedad de la apertura del expediente, se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que no procede la designación de experto porque, como ha reiterado la solicitante, los acuerdos adoptados por la junta general son nulos de pleno derecho. Que al tiempo de la convocatoria el nombramiento de auditor de la sociedad se encontraba inscrito pero el órgano de administración, ante la afirmación del auditor de que su informe no estaría listo, prefirió convocar la junta para evitar incurrir en responsabilidad. Que ante las manifestaciones de la sociedad solicitante se consultó a un conocido despacho de abogados, tras lo cual, la sociedad ha reconocido la nulidad de la convocatoria y de lo acordado, como se puso de manifiesto al socio minoritario mediante comunicación al respecto mediante burofax. Que la sociedad se vio sorprendida por notificación del socio minoritario, que en fecha 20 de julio de 2017, remite por burofax a la sociedad notificación de ejercicio de derecho de separación ante lo que la sociedad reiteró su asunción de la nulidad de la junta y de los acuerdos adoptados. Que la sociedad ha recibido el informe de auditoría del auditor nombrado y ante las salvedades observadas, ha decidido su reformulación. Que la sociedad ha reiterado por burofax la notificación al socio sobre la improcedencia del ejercicio del derecho de separación en base a un acuerdo que la sociedad acepta que fue nulo de pleno derecho. 2.º Que si bien resulta patente la nulidad de la convocatoria y el registrador no puede albergar dudas al respecto, es preciso recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2008 que expresamente reconoce el vicio de nulidad cuando

la convocatoria no hace mención del informe del auditor, siendo este obligatorio. Que la existencia de la controversia sobre la concurrencia o no del derecho de separación excede de la competencia del registrador pues deben ser los Tribunales de Justicia los que resuelvan la cuestión con carácter previo con cita de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017, que se transcribe por extenso, y cuyos razonamientos hace suyos la sociedad.

III

El registrador mercantil de Alicante núm. 1, don Jaime del Valle Pintos dictó resolución en fecha 25 de septiembre de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don ….., como persona física designada para el ejercicio de las facultades del administrador, por escrito de fecha 6 de noviembre de 2017, 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. Además, pone de relieve como ha existido consenso entre las partes sobre la nulidad de la convocatoria de junta y de los acuerdos adoptados. También hace referencia a la sentencia del Juzgado de los Mercantil núm. 2 de los de Madrid de 14 de noviembre de 2016 en términos similares a los de la sentencia de Murcia citada con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015 y 20 de septiembre y 23 de octubre de 2017.

1. Constituye el objeto de la presente dilucidar si procede la designación de experto independiente a solicitud de socio que ejerce su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. La particularidad del supuesto de hecho reside en que pese a tener designado la sociedad auditor, y constar su nombramiento inscrito en el Registro Mercantil, la convocatoria de la junta general de la que deriva el acuerdo de aplica-

ción del resultado no recoge la mención que respecto del informe del auditor hace el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Es doctrina de esta Dirección General (*vide* resoluciones de 2 de noviembre de 2010, de 7 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2015), que la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social (*vid.* apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las causas legales de separación de los socios, sino que se permiten otras estatutarias (*cfr.* artículos 346 y 347 de la Ley Sociedades de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones» (sentencia del Tribunal Supremo 63/2011, de 28 de febrero).

La amplitud con la que el legislador ha regulado el derecho de separación se ha extendido, en parte, al régimen jurídico de las sociedades anónimas como resulta de la simple comparación entre el régimen de la derogada Ley (*vide* artículos 147, 149 227 y 320 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), con el vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital. El fundamento en este caso, es la protección de la minoría que aún en sociedades abiertas, como son las sociedades anónimas, precisan de la tutela del ordenamiento cuando las modificaciones impuestas por la mayoría puedan afectar al núcleo de sus derechos individuales.

Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones o acciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

3. La doctrina expuesta de este Centro Directivo es plenamente respetuosa con la expresada por nuestro Tribunal Supremo que, en su sentencia 32/2006 de 23 enero (seguida por las que luego se citarán), estableció su posición al respecto afirmando que: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. b) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. c) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legalmente previsto mediante e implica una declaración recipticia que debe hacerse llegar a la sociedad. d) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. e) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

4. Junto a los supuestos legales o estatutarios, que podrían denominarse tradicionales en nuestro ordenamiento, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto, que se transcribe más abajo, entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo). Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un *iter* legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017.

Dice así el artículo 348 bis: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas».

Como pone de relieve la sentencia 84/2014, de 21 de marzo de la Audiencia Provincial de La Coruña (sección 4.ª): «Su fundamento radica en que la Ley atribuye a la Junta General de Accionistas la facultad de decidir sobre la aplicación del resultado, si procede el reparto de dividendos, en el caso de que existan beneficios repartibles, que es el derecho en abstracto de los accionistas a participar, por lo que la denegación sistemática y reiterada a lo largo de los años por la mayoría del capital social en Junta puede generar conflictos

entre los socios minoritarios, que precisamente el derecho a dividendo es lo que les llevó a participar en la sociedad, concediendo a éstos de tal forma la ley un derecho de separación, cumpliendo determinados requisitos.»

La resolución transcrita se hace eco de la afirmaciones contenidas en la sentencia 873/2011 de 7 diciembre de nuestro Tribunal Supremo cuando afirma: «Tratándose en concreto de acuerdos referidos a la aplicación del resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios –a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg–, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo (RJ 2005, 5761), que «[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría»… En este sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 788/1996, de 10 de octubre (RJ 1996, 7063) –el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta–, 215/1997, de 19 de marzo –[s]iendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas»–, y 60/2002, de 30 de enero, «[e]l accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago».

De este modo, la norma viene a objetivar lo que no venía siendo reconocido más que como principio del derecho de sociedades, proporcionando una potente herramienta jurídica a los socios minoritarios en defensa de sus intereses cuando el fin de lucro inherente a las sociedades de capital no se traduce en una adecuada participación de los socios en los beneficios obtenidos.

La regulación delimita adecuadamente los límites en que el derecho debe ser ejercitado (*vide* sentencia 22/2013, de 23 de enero de la Audiencia Provincial de Valencia –sección 9.ª–, sentencia 278/2013, de 18 de noviembre de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa –sección 2.ª–, sentencia 81/2015 de 26 marzo de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.ª), sentencia 322/2015, de 2 de diciembre de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –sección 4.ª–, y sentencia 97/2015, de 31 de marzo del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián), límites que deben ser contemplados con especial rigor ya que no se escapa a esta Dirección que la facultad atribuida al socio

minoritario puede dar a situaciones no deseadas por el legislador y que pueden revestir muy distinta índole.

5. La sociedad recurrente entiende que no procede la designación de auditor por cuanto el defecto de convocatoria, que había sido reiteradamente señalado por la propia socia solicitante, acarrea su nulidad, así como la de los acuerdos adoptados. Además, la sociedad entiende que esta cuestión precisa de un previo pronunciamiento jurisdiccional sin el cual el registrador mercantil no puede llevar a cabo la designación de experto. Procede que este último argumento sea analizado en primer lugar pues de ser estimado haría innecesario cualquier pronunciamiento ulterior.

Esta Dirección tiene declarado al respecto que el expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 353 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 experto independiente a que se refiere el artículo 353 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 353 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.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 353 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital

social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos la Ley atribuye competencia al registrador para dictar una resolución en la que, estimando la solicitud hecha por quien corresponda y apreciando la concurrencia de los requisitos legales, designar a un experto independiente o adoptar otras medidas sin perjuicio del eventual recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Precisamente porque el registrador tiene competencia para apreciar la concurrencia de los requisitos legales, esta Dirección General ha reiterado que no procede la estimación de la solicitud cuando del expediente no resulte aquella concurrencia, aun cuando no hubiera existido oposición de la contraparte (*vide* por todas, resolución de 26 de septiembre de 2014).

La doctrina expuesta es plenamente coherente con la atribución legal de competencias que a los registradores ha realizado la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en cuya disposición final decimocuarta se hace expresa atribución competencial a los registradores mercantiles en cuestiones que hasta dicho momento correspondía a los jueces). Como pone de relieve su Exposición de Motivos: «La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una Ley de la Jurisdicción Voluntaria forma parte del proceso general de modernización del sistema positivo de tutela del Derecho privado… resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales… Buscando dar una respuesta idónea a las cuestiones anteriores, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, conforme con la experiencia de otros países, pero también atendiendo a nuestras concretas necesidades, y en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles, opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados. La

solución legal dada es acorde con los postulados de nuestra Carta Magna y, además, oportuna en atención a diferentes factores. El prestigio adquirido a lo largo de los años por estos Cuerpos de funcionarios entre los ciudadanos es un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados, como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica, sin olvidar el hecho de que muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto obtener la certeza sobre el estado o modo de ser de determinados negocios, situaciones o relaciones jurídicas que dichos profesionales están en inmejorable condición para apreciarlos adecuadamente…».

El reconocimiento legal confirma la pertinencia de la atribución competencial, su imbricación en el orden constitucional, la ausencia de violación de principios constitucionales, así como la ausencia de merma de garantías legales.

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017 ni la del Juzgado de lo mercantil núm. 2 de los de Madrid de fecha 14 de noviembre de 2016. Al respecto es preciso poner de manifiesto que ni resulta del expediente su firmeza ni, en cualquier caso, constituye doctrina legal. Además, existen pronunciamientos contrarios como la sentencia de 26 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla de la que resulta la conclusión contraria para un supuesto sustancialmente idéntico.

Como ha reconocido el Tribunal Supremo (sentencias de la sala 3.ª, de lo contencioso (Sección 6.ª), de 8 de julio de 2002, (RJ\2002\6552) y, Sentencia de 7 julio 2008, (RJ\2008\4401), 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 la sala de lo Civil, Sección 1.ª, número 454/2013 de 28 junio y 674/2013 de 13 noviembre), 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.

En definitiva, el registrador se limita a ejercer la competencia atribuida legalmente (*vide* artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital), por el procedimiento establecido (art. 363 del Reglamento del Registro Mercantil), y sin perjuicio del régimen de recursos previsto en el ordenamiento. En ningún caso el registrador ha resuelto una contienda entre particulares pues se ha limitado, como autoridad, a verificar si concurren o no los requisitos establecidos legalmente para la designación de persona que deba llevar a cabo la previsión legal de valoración de las participaciones y sin perjuicio del ejerci-

cio de las acciones que los interesados entiendan procedentes en defensa de su derecho (*vide* resoluciones de 20 de enero de 2011 y 4 de febrero de 2013).

6. Establecido lo anterior, resulta patente que la convocatoria de la junta en la que se adoptaron los acuerdos de aprobación de cuentas y de aplicación del resultado es nula de pleno derecho como son nulos los acuerdos subsiguientes. Así lo entendió la propia sociedad que reclama el ejercicio del derecho de separación.

Pero es que, aunque así no fuera, es doctrina de esta Dirección General en sede de recursos contra calificaciones de los registradores mercantiles que la ausencia de expresión en la convocatoria de la junta del derecho reconocido en el artículo 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital, supone la nulidad de la convocatoria y de los acuerdos adoptados. Dice así el precepto citado: «A partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas. En la convocatoria se hará mención de este derecho».

Como ha puesto de relieve la reciente resolución de fecha 24 de marzo de 2017, el derecho de información ha sido configurado por la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2000, 30 de enero y 20 de julio de 2001, 22 de mayo de 2002, 12 de noviembre de 2003, 29 de marzo de 2005, 13 de febrero y 20 de septiembre de 2006, 22 de febrero de 2007, 26 de julio de 2010, 13 de diciembre de 2012 y 26 de noviembre de 2014), como un derecho esencial, instrumental al de voto, imperativo e irrenunciable, que se tiene como consecuencia de la condición de socio. Dicho derecho permite al socio actuar de forma efectiva en el seguimiento de la marcha de la gestión social, controlar las decisiones del órgano de administración, actuar en defensa de sus intereses y tener conocimiento preciso de los puntos sometidos a aprobación de la junta, posibilitando una emisión consciente y reflexionada del voto. Este derecho se concreta no sólo en la obligación de la sociedad de proporcionar datos y aclaraciones relativas a los asuntos comprendidos en el orden del día sino también en poner en conocimiento del socio el contenido de su derecho cuando le llama a participar en una junta (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2002, 12 de noviembre de 2003 y 22 de febrero de 2007).

Desde esta última perspectiva, esta Dirección General ha reiterado en numerosas ocasiones (por todas, Resolución de 29 de noviembre de 2012), que el derecho de información de los accionistas o socios en cuanto unitario determina que la ausencia o falta de alguno de los requerimientos que debe comprender la convocatoria afecta a la totalidad. Por ello, y por el especial rigor con que se pronuncia el legislador la omisión total o parcial de todos o algunos de los requerimientos que conforman el derecho de información implica un vicio de la convocatoria invalidando el acuerdo que sobre el particular se pueda adoptar (Resolución de 16 de noviembre de 2002, entre otras muchas). Es precisamente el carácter «mínimo» y esencial del derecho de

información del accionista o socio el que ha provocado una dilatada doctrina que incide sobre su trascendencia y sobre la necesidad de extremar el rigor en su defensa hasta el punto de que se ha afirmado reiteradamente que en caso de duda procede actuar en su salvaguarda rechazando la inscripción (por todas, Resolución de 8 de julio de 2005).

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, esta Dirección General ha afirmado que tan rigurosa doctrina debe mitigarse en ocasiones afirmando que, debido a los efectos devastadores de la nulidad, los defectos meramente formales pueden orillarse siempre que por su escasa relevancia no comprometan los derechos individuales del accionista o socio (Resolución de 8 de febrero de 2012). Desde este punto de vista se ha impuesto en casos concretos la consideración de que es preciso mantener los actos jurídicos que no sean patentemente nulos, la necesidad de que el tráfico jurídico fluya sin presiones formales injustificadas y la idea de que debe evitarse la reiteración de trámites que, sin aportar mayores garantías, dificultan y gravan el normal funcionamiento de las empresas (*vid.* Resoluciones de 2 y 3 de agosto de 1993, 26 de julio de 2005 y 29 de noviembre 2012). Siempre partiendo de la base de que los derechos individuales del accionista no sufran una merma en condiciones tales que puedan considerarse postergados ni resulte de forma indiscutible que los accionistas o socios minoritarios hayan considerado sus derechos individuales violados, situaciones estas que impiden cualquier consideración relativa a una interpretación flexible que se aleje de la rigurosa tradicional de este Centro Directivo (Resolución 20 de mayo de 2013).

Esta última consideración exige que la situación de hecho sea objeto de análisis pormenorizado para determinar si los derechos individuales de los socios llamados a reunirse en junta y, en su caso, expresar su voluntad mediante el ejercicio del derecho de voto, han sido violentados de forma tal que la rigurosa previsión del ordenamiento no admita corrección derivada de las circunstancias concurrentes. En esta línea este Centro Directivo ha considerado que para que así sea deben concurrir en la situación de hechos una serie de circunstancias que permitan, en su apreciación conjunta, llegar a la conclusión de que no ha existido una violación inadmisible de los derechos individuales de los socios (Resolución de 20 de mayo de 2013). Circunstancias como la naturaleza meramente formal de los defectos de convocatoria; su escasa relevancia en relación al conjunto de la convocatoria; el hecho de que el derecho de información haya sido respetado si bien insuficientemente en la convocatoria (Resolución de 24 de octubre de 2013); que el contenido del derecho de información se haya reflejado con la debida claridad aunque insuficientemente (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006 y Resolución de 23 de abril de 2012); o incluso la circunstancia de que el resultado, presumiblemente, no vaya a ser alterado en una nueva junta (Resolución de 24 de octubre de 2013, entre otras).

Esta doctrina ha recibido el respaldo legal como resulta de las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en el texto refundido de

la Ley de Sociedades de Capital, que permiten sostener la doctrina expuesta. De acuerdo con dicha reforma (art. 204.3 del texto refundido), no procede la impugnación de acuerdos sociales por «la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria...» salvo que se refieran a la «forma y plazo» para llevarla a cabo. El propio precepto permite corregir una aplicación indiscriminada de tales postulados añadiendo que son impugnables los acuerdos cuando se hayan infringido requisitos que por su naturaleza puedan ser considerados relevantes, determinantes o esenciales circunstancia que debe resolverse incidentalmente con carácter previo al conocimiento del fondo del asunto (art. 204 «*in fine*»). En definitiva, como se afirma más arriba y por lo que se refiere al objeto de este expediente, son las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho concreto las que han de permitir determinar si el derecho de información de los socios ha sido o no cumplimentado en términos tales que los derechos individuales de los socios hayan recibido el trato previsto en la Ley.

Aplicando las consideraciones anteriores al supuesto de ausencia de puesta a disposición del informe de verificación e incluso de ausencia de información en el texto de la convocatoria, dicha circunstancia implica una contravención frontal de la previsión legal contenida en el artículo 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital. El hecho de no poner a disposición de los socios el informe de auditoría exigido, aunque sea por razón de su inexistencia al no estar elaborado en el momento de celebración de la Junta no puede modificar tal conclusión. Los eventuales perjuicios que para la sociedad implique la falta de depósito de las cuentas no conlleva la inexistencia de la infracción, sino que ha de llevar a su más pronta subsanación de acuerdo con la conducta exigible a una administración diligente.

7. La doctrina expuesta de esta Dirección General, es plenamente conforme con la establecida por el Tribunal Supremo y que se ha citado en las consideraciones anteriores. Más concretamente, la sentencia 663/2008 de 3 julio de nuestro alto Tribunal, citada por el recurrente, se refiere explícitamente a un supuesto similar al que da lugar a la presente afirmando: «Es preciso dejar constancia de que la jurisprudencia (SSTS 2 de mayo de 2002, 12 de noviembre de 2003 [RJ 2003, 8298], 29 de julio de 2004 [RJ 2004, 6938], y 4 de octubre de 2005 [RJ 2005, 6911]) ha subrayado la trascendencia del derecho de información de los accionistas, y la importancia de tal derecho, como instrumental del derecho de voto. En relación con éste derecho de información, dice la Sentencia de 22 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1476): esta Sala tiene reiterado que es aquél que trata de facilitar al socio un conocimiento directo sobre la situación de la sociedad y desde luego es uno de los derechos más importantes del accionista, que mediante su ejercicio puede tener el conocimiento preciso de los puntos sometidos a aprobación de la Junta, posibilitando una emisión consciente del voto, por ello la doctrina de esta Sala ha venido reiterando que tal derecho de información, que es inderogable e irrenunciable, se concreta en la obligación de la sociedad de proporcionar los datos y aclara-

ciones relativas a los asuntos comprendidos en el orden del día – Sentencias de 22 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7016), 9 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8788), 9 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9903), 29 de julio de 2004 (RJ 2004, 5469) y 21 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1890). La ratio de la norma contenida en el artículo 205.2 LSA, esto es, 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, es tratar de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente (STS de 9 de marzo de 2007 [RJ 2007, 2064]). La denegación, y entendemos que el impedimento, del informe de auditoría, que no se ha pedido abusivamente o de mala fe, supone lisa y llanamente un conculcación total del derecho de información, lo que debe ser causa ineludible de una nulidad radical y de pleno derecho a los acuerdos de la junta cuestionada (STS 18 de julio de 2001 [RJ 2001, 5556])».

La contundencia del pronunciamiento jurisprudencial no deja lugar a dudas. La patente nulidad de los acuerdos adoptados impide que el socio ejercite un derecho cuyo fundamento de ser se encuentra en la existencia de un acuerdo válidamente llevado a cabo por la junta general de la sociedad. Procede en consecuencia la estimación del recurso sin perjuicio del evidente deber de la administración social de restaurar la legalidad y de convocar nueva junta en los términos previstos en el ordenamiento.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Alicante núm. 1, don Jaime del Valle Pintos de fecha 25 de septiembre de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 22 de diciembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 28 de diciembre de 2017

En el expediente 185/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de una socia de «Centro Geriátrico Jardines del Parterre, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 20 de septiembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 22 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de «Centro Geriátrico Jardines del Parterre, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta:

a) Que el órgano de administración convocó junta general de la sociedad el día 20 de junio de 2017 en cuyo orden del día se contempló la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016 así como de la propuesta de aplicación del resultado. De la documentación facilitada a la solicitante resulta que el beneficio obtenido en el ejercicio asciende a la cantidad de 44.587,26 euros con propuesta de aplicación a reserva voluntaria.

b) Que de conformidad con la copia del acta de la reunión de la junta general celebrada en la fecha señalada, comparecen a la misma los dos socios de la sociedad, titulares cada uno de ellos del 50% del capital social. Que sujeto el orden del día a votación sucesiva resultó que el punto primero, relativo a la aprobación de las cuentas anuales, obtuvo el voto a favor del socio administrador único y el voto en contra de la solicitante. Que el punto cuarto del orden del día relativo a la aplicación del resultado, obtuvo el mismo resultado. Se hace constar en el acta que la ahora instante solicitó del otro socio y administrador la distribución de los beneficios obtenidos.

c) Que la solicitante remitió al administrador de la sociedad, en fecha 17 de julio de 2017, carta en la que le comunicó el ejercicio del derecho de separación ofreciendo determinada valoración por sus participaciones. Que el administrador hizo otra estimación por lo que no existe acuerdo sobre el valor razonable.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Tal y como resulta del acta de la junta general no se alcanzó el acuerdo de aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2016 por lo que no concurre causa legal de ejercicio del derecho de separación. Que es conditio sine qua non para que la junta se pronuncie sobre la aplicación del resultado la previa aprobación por la junta general de las cuentas anuales de conformidad con el artículo 273 de la Ley de Sociedades de Capital. Dicha falta de aprobación enerva el derecho de separación previsto en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital como respalda la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de fecha 7 de julio de 2017. 2.º Que al amparo del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil la sociedad se opone a la designación de experto al no concurrir causa legal que active el mecanismo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El registrador mercantil de Valencia núm. 3, don Carlos Javier Orts Calabuig dictó resolución en fecha 19 de octubre de 2017 por la que acordó admitir la oposición y rechazar la

solicitud de nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 8 de noviembre de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los, resumidamente, siguientes argumentos: «1.º Que la sociedad se constituyó en el año 1995 con dos únicos socios titulares cada uno del 50% del capital social por lo que sólo caben acuerdos por unanimidad. Que la recurrente, en la junta de fecha 20 de junio de 2017, votó en contra de la aprobación de las cuentas y a favor del reparto de beneficios que es lo que exige el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que el citado artículo intenta solventar situaciones de conflicto en el seno de la sociedad mediante la ruptura parcial del contrato a través de la separación del socio. Que el precepto, introducido por la Ley 25/2011, pretende, conforme afirma la doctrina, dar salida a un conflicto entre la mayoría y la minoría y, en concreto, a la situación de falta de distribución de beneficios como estrategia de los socios mayoritarios que suelen disponer de otras fuentes de acceso al beneficio de la sociedad. Que la doctrina del abuso societario por no reparto de dividendos se ha elaborado por el Tribunal Supremo (con cita de sentencias), de modo que cuando es persistente y sistemático el único remedio es permitir al minoritario separarse de la sociedad. Que con la solución del artículo 348 bis se satisface el interés de la sociedad de destinar parte del beneficio a reservas con el de los socios minoritarios. Que la doctrina entiende que estamos ante una norma imperativa, inderogable e irrenunciable. 2.º Que el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de enero de 2006 afirma que el derecho de separación no depende de la voluntad de la sociedad. Que el artículo 348 bis fija los requisitos para el ejercicio del derecho de separación entre los que no se encuentra la aprobación de las cuentas lo que llevaría a la inaplicación del precepto en supuestos como el presente. Que la finalidad del precepto es la protección de los socios minoritarios o que no tienen control de la sociedad. Que la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011 (y otras que se citan), apuntan a la aplicación del artículo 7 del Código Civil en situaciones como la presente. Que la sentencia de 26 de mayo de 2005 resuelve en similar sentido. Que la sociedad no se opuso al ejercicio del derecho de separación cuando se le notificó».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17

de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015 y 20 de septiembre y 23 de octubre de 2017.

1. Constituye el objeto de la presente dilucidar si procede la designación de experto independiente a fin de determinar el valor razonable de las participaciones de la solicitante quien alega que ha ejercitado el derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Como resulta de los hechos, la junta general a la que se presentó el orden del día no aprobó ni las cuentas del ejercicio 2016 ni la propuesta de aplicación del resultado por existir una situación de empate en el voto emitido por los dos socios, cada uno de los cuales ostenta el 50% del capital social.

2. Es doctrina de esta Dirección General (*vide* resoluciones de 2 de noviembre de 2010, de 7 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2015), que la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social (*vid.* apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las causas legales de separación de los socios, sino que se permiten otras estatutarias (*cfr.* artículos 346 y 347 de la Ley Sociedades de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones» (sentencia del Tribunal Supremo 63/2011, de 28 de febrero).

La amplitud con la que el legislador ha regulado el derecho de separación se ha extendido, en parte, al régimen jurídico de las sociedades anónimas como resulta de la simple comparación entre el régimen de la derogada Ley (*vide* artículos 147, 149 227 y 320 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), con el vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital. El fundamento en este caso, es la protección de la minoría que aún en sociedades abiertas, como son las sociedades anónimas, precisan de la tutela del ordenamiento cuando las modificaciones impuestas por la mayoría puedan afectar al núcleo de sus derechos individuales.

Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la

regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones o acciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

3. La doctrina expuesta de este Centro Directivo es plenamente respetuosa con la expresada por nuestro Tribunal Supremo que, en su sentencia 32/2006 de 23 enero (seguida por las que luego se citarán), estableció su posición al respecto afirmando que: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. b) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. c) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legalmente previsto mediante e implica una declaración recipticia que debe hacerse llegar a la sociedad. d) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. e) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

4. Junto a los supuestos legales o estatutarios, que podrían denominarse tradicionales en nuestro ordenamiento, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto, que se transcribe más abajo, entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo). Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un *iter* legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017.

Dice así el artículo 348 bis: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas».

Como pone de relieve la sentencia 84/2014, de 21 de marzo de la Audiencia Provincial de La Coruña (sección 4.ª): «Su fundamento radica en que la Ley atribuye a la Junta General de Accionistas la facultad de decidir sobre la aplicación del resultado, si procede el reparto de dividendos, en el caso de que existan beneficios repartibles, que es el derecho en abstracto de los accionistas a participar, por lo que la denegación sistemática y reiterada a lo largo de los años por la mayoría del capital social en Junta puede generar conflictos entre los socios minoritarios, que precisamente el derecho a dividendo es lo que les llevó a participar en la sociedad, concediendo a éstos de tal forma la ley un derecho de separación, cumpliendo determinados requisitos».

La resolución transcrita se hace eco de la afirmaciones contenidas en la sentencia 873/2011 de 7 diciembre de nuestro Tribunal Supremo cuando afirma: «Tratándose en concreto de acuerdos referidos a la aplicación del resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios –a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg–, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo (RJ 2005, 5761), que «[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría»… En este sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 788/1996, de 10 de octubre (RJ 1996, 7063) –el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta–, 215/1997, de 19 de marzo –[s]iendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas»–, y 60/2002, de 30 de enero, «[e]l accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago».

De este modo, la norma viene a objetivar lo que no venía siendo reconocido más que como principio del derecho de sociedades, proporcionando una potente herramienta jurídica a los socios minoritarios en defensa de sus intereses cuando el fin de lucro inherente a las sociedades de capital no se traduce en una adecuada participación de los socios en los beneficios obtenidos.

La regulación delimita adecuadamente los límites en que el derecho debe ser ejercitado (*vide* sentencia 22/2013, de 23 de enero de la Audiencia Provincial de Valencia –sección 9.ª–, sentencia 278/2013, de 18 de noviembre de la

Audiencia Provincial de Guipúzcoa –sección 2.ª–, sentencia 81/2015 de 26 marzo de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.ª), sentencia 322/2015, de 2 de diciembre de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –sección 4.ª–, y sentencia 97/2015, de 31 de marzo del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián), límites que deben ser contemplados con especial rigor ya que no se escapa a esta Dirección que la facultad atribuida al socio minoritario puede dar a situaciones no deseadas por el legislador y que pueden revestir muy distinta índole.

5. A la luz de las consideraciones anteriores y del supuesto de hecho resulta con toda claridad que el recurso no puede prosperar al no resultar acreditados el conjunto de requisitos exigidos por el ordenamiento para reconocer el derecho de separación en el supuesto del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

El artículo 34.1 del Código de Comercio establece lo siguiente: «Al cierre del ejercicio, el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la Memoria. Estos documentos forman una unidad...». Más adelante, el artículo 35.2 afirma que: «La cuenta de pérdidas y ganancias recogerá el resultado del ejercicio…».

Por su parte el artículo 273 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que: «1. La junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado. 2. Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta. Si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas. 3. Se prohíbe igualmente toda distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance».

De la regulación legal expuesta resulta, sin asomo de duda, que la decisión sobre el reparto del resultado sólo puede hacerse previa aprobación de la cuenta de resultados que, a su vez, y por formar parte de las cuentas anuales debe ser objeto de aprobación junto al resto de documentos que las integran.

Los argumentos de contrario de la recurrente no desvirtúan las afirmaciones anteriores. En primer lugar porque si bien tiene razón cuando afirma cual es el fundamento del precepto, que la jurisprudencia, como se ha expuesto, se ha ocupado de señalar, no lo es menos que fuera del supuesto del artículo 348 bis, la apreciación de si existe o no un abuso de derecho, de posición del socio de control o cualquier otra consideración semejante, caen fuera del ámbito de

este procedimiento que tiene el exclusivo objeto de determinar si concurren o no los requisitos que conforme a dicho precepto justifican la designación de experto.

El expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 353 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 experto independiente a que se refiere el artículo 353 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 353 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.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 353 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos la Ley atribuye competencia al registrador para dictar una resolución en la que, estimando la solicitud hecha por quien corresponda y apreciando la concurrencia de los requisitos legales, designar a un experto independiente o adoptar otras medidas sin perjuicio del eventual recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Admi-

nistrativo Común de las Administraciones Públicas). Precisamente porque el registrador tiene competencia para apreciar la concurrencia de los requisitos legales, esta Dirección General ha reiterado que no procede la estimación de la solicitud cuando del expediente no resulte aquella concurrencia, aun cuando no hubiera existido oposición de la contraparte (*vide* por todas, resolución de 26 de septiembre de 2014).

En segundo lugar, esta Dirección General no desconoce la jurisprudencia citada por extenso en el escrito de recurso, especialmente en lo que se refiere a la naturaleza del derecho de separación y su independencia respecto de la voluntad social. Como se ha expuesto en los considerandos anteriores con ser cierto lo anterior, no lo es menos que el derecho de separación depende para su existencia de la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente, circunstancia que, como ha quedado expuesto, no se ha producido en el supuesto. La evidente situación de bloqueo social producida por el hecho de que el capital se divida al cincuenta por ciento entre los dos socios enfrentados deberá resolverse por los medios previstos en el ordenamiento, pero no permite servir de sustento a la solicitud, pues el precepto en que se fundamenta exige la aprobación de las cuentas sociales y, dentro de ellas, de la propuesta de aplicación de resultado como presupuesto de aquella existencia. La literalidad del precepto no puede servir de amparo para el ejercicio de un derecho que el conjunto de la Ley sólo contempla cuando se dan los presupuestos previos de aprobación de las cuentas y de la aplicación del resultado. Pretender la existencia del derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital cuando no existen cuentas aprobadas (lo que implica que no existe un resultado social), y cuando no existe acuerdo de aplicación del resultado (lo que impide hablar de reparto o falta de reparto), no puede encontrar el amparo de esta Dirección General. El hecho de que la instante solicitara en la junta la distribución en forma de dividendo del beneficio, pero sin que hubiera acuerdo alguno sobre la aplicación del resultado, no altera la conclusión anterior pues si bien acredita su voluntad al respecto no empece al hecho incuestionado de que no existe cuenta de pérdidas y ganancias ni aplicación del resultado.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia núm. 3, don Carlos Javier Orts Calabuig de fecha 19 de octubre de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 28 de diciembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

2.2 **Mediadores concursales**

(No hay resoluciones para este apartado)

2.3 Convocatorias de Junta General

Resolución de 11 de abril de 2017

En el expediente 1/2017 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Provif Energías Renovables, S.A.»

HECHOS

I

Don ….., como administrador de la sociedad «Ángel Galán, S.L.» y don ….., en su propio nombre y además como administrador de la sociedad Ecoviviendas de Navarra S.L. presentaron un escrito de fecha 1 de septiembre de 2016, dirigido al Registro Mercantil de Navarra, en el que tuvo su entrada el día 5 inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 177 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de la mercantil «Provif Energías Renovables, 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 el consejo de administración de la sociedad ha quedado vacante por caducidad del nombramiento de sus integrantes acaecido el día 26 de septiembre de 2014.

b) Que el nombramiento de secretario no consejero sigue vigente al no estar sujeto a plazo.

Específicamente solicitan del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día que corresponda para el nombramiento de administradores.

b) Que designe como presidente de la Junta General a celebrar a don ….. y secretario a quien lo es del consejo de administración.

c) Que se requiera la presencia de notario a fin de levantar acta.

d) Que la reunión se lleve a cabo en determinada notaría.

II

La administración de la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad «Ecoviviendas de Navarra, S.L.» no es accionista de la sociedad. 2.º Que es inten-

ción de quien ostenta la condición de presidente del consejo de administración, convocar junta para la provisión de vacantes como se ha notificado a los solicitantes. 3.º Que la solicitud oculta las verdaderas intenciones de los solicitantes.

III

El registrador mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Martín dictó resolución en fecha 30 de septiembre de 2016 por la que acordó inadmitir la oposición y estimar la solicitud de convocatoria de junta.

IV

Por escrito de 21 de septiembre de 2016, la sociedad llevó a cabo determinadas alegaciones ante el Registro Mercantil solicitando se dejase sin efecto la anterior resolución. Por resolución de 25 de octubre de 2016, el registrador mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Martín acordó la improcedencia de la anterior solicitud.

Por nueva resolución del registrador mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Martín de fecha 7 de noviembre de 2016 se deja en suspenso la convocatoria de junta hasta que se resuelva sobre el lugar de celebración por no ser apto el anteriormente acordado.

Por nueva resolución de 16 de noviembre de 2016, el registrador mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Martín acuerda que procede la convocatoria de junta en el nuevo lugar designado a celebrar el día 28 de diciembre de 2016.

La sociedad, mediante burofax que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Navarra el día 21 de noviembre de 2016 traslada a este el acta de junta general celebrada el día 15 de noviembre de 2016 por la que se designan nuevos consejeros del consejo de administración. El día 22 de diciembre de 2016, la sociedad presenta escrito de alegaciones ante el Registro Mercantil, en el que se llevan a cabo determinadas afirmaciones, y al que se acompaña, entre otros documentos, escritura pública de fecha 21 de noviembre de 2016 por la que se elevan a público los acuerdos de la junta anteriormente mencionada, así como los acuerdos de distribución de cargos llevados a cabo en la reunión del consejo de administración de fecha 17 de noviembre de 2016.

El día 27 de diciembre de 2016 se aporta al expediente el auto recaído en el procedimiento 621/2016, pieza de medidas cautelares, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Estella, de fecha 20 de diciembre de 2016 en el que la magistrada-juez doña María del Pilar Ferrer Frías acuerda la suspensión de la celebración de la Junta de accionistas prevista para el día 28 de diciembre de 2016.

El registrador mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Martín por nueva resolución de fecha 27 de diciembre de 2016 acuerda la suspensión de la junta convocada como consecuencia de la suspensión acordada judicialmente a que hace referencia el párrafo anterior.

V

Los solicitantes, mediante nuevo escrito de fecha 6 de febrero de 2016 (sic) que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Navarra el día 9 de febrero de 2017, a la luz de los hechos narrados, considerando que la medida cautelar agotó sus efectos con la suspensión de la junta convocada para el día 28 de diciembre de 2016 y teniendo en cuenta que la sociedad «Provif Energías Renovables, S.A.» continúa sin órgano de administración ins-

crito en el Registro Mercantil, solicita una nueva convocatoria de junta general en términos similares a los de la primera solicitud.

El registrador mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Martín, por resolución de fecha 10 de febrero de 2017 resuelve que no procede la convocatoria de junta general de la sociedad por haber quedado el expediente sin objeto de forma sobrevenida al constar en el expediente la escritura pública de la que resultan los acuerdos de junta y de consejo de administración de la sociedad por los que se designan consejeros y se distribuyen los cargos dentro del consejo.

VI

Don ….., como administrador de la sociedad «Ángel Galán, S.L.» y don ….., en su propio nombre y además como administrador de la sociedad Ecoviviendas de Navarra S.L., por escrito de fecha 10 de marzo de 2017, que tuvo entrada el día 15 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Navarra, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que es incierto que en la junta celebrada el día 15 de noviembre de 2016 acudiesen los socios que resultan del acta de junta por cuanto ni compareció determinado socio ni se reconoció la participación de la solicitante «Ecoviviendas de Navarra, S.L.» 2.º Que dicha junta fue convocada sin esperar al resultado del expediente de convocatoria solicitado e incluso se mantuvo la convocatoria a pesar de la resolución del registrador mercantil acordando la procedencia. 3.º Que la junta de 15 de noviembre es ilegal por lo que no debe surtir los efectos que se pretenden; que la actuación delictiva llevada a cabo no puede surtir efectos ni entenderse que ya no se está ante el supuesto del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital, pervirtiendo su contenido y favoreciendo a los que han infringido las normas establecidas. 4.º Que por todo interpone el recurso solicitando la convocatoria de junta al ser la de 15 de noviembre de 2016 de carácter fraudulento».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; 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. Es evidente que el recurso no puede prosperar pues desborda por completo lo que constituye el posible objeto de este expediente.

La atribución competencial que al registrador mercantil encomienda el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital viene determinada por un supuesto de hecho específico: que la sociedad carezca de órgano de administración. Así resulta indubitadamente del precepto: «En caso de muerte o de cese del administrador único, de todos los administradores solidarios, de alguno de los administradores mancomunados, o de la mayoría de los miembros del consejo de administración, sin que existan suplentes, cualquier socio

podrá solicitar del Secretario judicial y del Registrador mercantil del domicilio social la convocatoria de junta general para el nombramiento de los administradores».

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 del expediente de convocatoria de junta general 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. Esta puntualización resulta de especial importancia en un supuesto como el planteado en el expediente en que la existencia de un conflicto social entre los socios que realizan la solicitud y los miembros del órgano de administración que se oponen resulta evidente.

El objeto de este expediente tiene, por tanto, el limitado alcance definido por el artículo 171 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 la convocatoria de la junta de designación de nuevo consejo de administración, 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 existe o no una actividad fraudulenta. 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.

2. Como resulta del contenido del expediente, resumido por extenso más arriba, en el supuesto de hecho existe un consejo de administración nombrado

en junta general cuyos acuerdos han sido elevados a público en virtud de escritura notarial de fecha 21 de noviembre de 2016, que también eleva a público los acuerdos adoptados dentro del seno del consejo designado para la distribución de los cargos. Consecuentemente, y con independencia de que la parte solicitante haga valer en el procedimiento judicial correspondiente las acciones que de tal circunstancia se deriven, no se produce el supuesto previsto en el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital para que el registrador mercantil lleve a cabo la convocatoria de junta general de la sociedad para la provisión de cargos del órgano de administración.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Navarra don Antonio Fernández Martín de fecha 10 de febrero de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 11 de abril de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Navarra.

Resolución de 30 de mayo de 2017

En el expediente 2/2017 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Materials per Envans, Trasdosats i Sostres, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 12 de diciembre 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 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Materials per Envans, Trasdosats i Sostres, 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 a que se refiere la solicitud (así como de otra a la que también se refiere pero que queda fuera del objeto de la presente).

b) Que mediante requerimiento notarial de fecha 26 de septiembre de 2016 requirió al administrador de la sociedad, señor don ….., para que convocase junta general extraordinaria sin que se haya atendido su solicitud.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el siguiente orden del día: 1. Actual situación de la actividad de la compañía. 2. Estado real de las deudas, en su caso, de la compañía.

b) Que como lugar de celebración se designe el de la notaria de don Antonio de Juan Ortiz en el domicilio de Vic que se especifica.

Acompaña a su solicitud copia del acta de requerimiento autorizada por el citado notario el día 26 de septiembre de 2016.

Del contenido del Registro resulta que en la inscripción 3.ª de la sociedad consta que mediante acuerdo unánime adoptado por la junta general universal de la sociedad realizada el día 30 de octubre de 2005 se designaron administradores solidarios por plazo indefinido de la sociedad a don ….. y a don ….. quienes aceptaron su nombramiento.

II

La registradora mercantil de Barcelona lleva a cabo determinadas diligencias de conformidad con el artículo 73 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, tras lo cual procede a notificar a la sociedad el hecho de la solicitud por parte del socio.

La administración de la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad por medio de su administrador solidario, señor….. ha atendido la solicitud de convocatoria de quien resulta ser el otro administrador solidario, lo que se le notificó por medio de conducto notarial el día 30 de enero de 2017. 2.º En dicha convocatoria se puso a su disposición un soporte informático con la información correspondiente a los ejercicios 2010 a 2015, ambos inclusive. 2.º Que el señor….. solicitó examinar la documentación social habiéndosele contestado la disposición a que así fuera. Que fijada la fecha no se personó para realizar el examen solicitado. 3.º Que el día 21 de febrero de 2017 se celebró junta general a la que no asistió el solicitante personalmente sino representado pese a ser administrador de la sociedad y estar obligado. Que del acta que se acompaña resulta que pese a solicitar y obtener determinada información señaló que no se variaría su voto negativo. 4.º Que, en conclusión, los hechos anteriores acreditan que el solicitante viola su deber de fidelidad mediante un comportamiento abusivo contrario al interés social.

Se acompaña al escrito de oposición copia del acta notarial de fecha 6 de febrero de 2017 autorizada por el notario de Vic don Antonio de Juan Ortiz de la que resulta que el día 21 de febrero de 2017 se celebró la junta de la sociedad con el orden del día de aprobación de las cuentas de los ejercicios 2010 a 2015, ambos inclusive, de la aplicación del resultado y de la gestión social, que la junta se llevó a cabo con la asistencia, presentes y representados, de la totalidad del capital social aprobándose los distintos puntos del orden del día con el único voto en contra de la representación del señor solicitante, tras las oportunas deliberaciones y después de que el representante del señor Pujol Sala solicitara información sobre diversas cuestiones.

III

La registradora mercantil de Barcelona núm. 10, doña María Azucena Bullón Manzano dictó resolución en fecha 9 de marzo de 2017 por la que acordó no estimar la solicitud de convocatoria de junta general.

IV

Don ….., por escrito que tuvo entrada el día 24 de abril de 2017 en el Registro Mercantil de Barcelona (con fecha de imposición en correos de 21 de abril inmediato anterior), interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «Que le ha sido notificada la resolución de la registradora mercantil el día 31 de marzo de 2017 cuyos argumentos no comparte por los siguientes motivos: 1.º Que el hecho de que el solicitante conste como administrador de la sociedad no puede tener el alcance que la resolución impugnada afirma pues resulta de la documentación aportada que el solicitante no ha tenido intervención alguna en la administración social resultando del todo imposible que llevase a cabo convocatoria de junta, que tiene un desconocimiento total y absoluto de las circunstancias certificadas por la administración social, que en consecuencia no ha formulado ni firmado las cuentas. En definitiva, que no ha ejercido la administración de la sociedad, que no ha tenido conocimiento de la situación contable ni ha suscrito documento alguno. 2.º Que tampoco puede afirmarse que con la convocatoria llevada a cabo se entiendan salvaguardados los derechos del solicitante pues los asuntos solicitados en su día no fueron cumplidamente tratados en la junta de 21 de febrero de 2017 y que hubo documentación que no tuvo a su disposición en la fecha de celebración por lo que en ningún caso puede afirmarse que su pretensión fue debidamente atendida».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; 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 pues desenfoca por completo lo que constituye el objeto del expediente de convocatoria de junta general ante un registrador mercantil. Como resulta de la resolución impugnada y de la doctrina que al efecto ha elaborado esta Dirección General de los Registros y del Notariado (*vide* resoluciones de 9 de marzo, 26 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 extensa, 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 otro miembro del 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, y sin perjuicio de lo que más adelante resulta, 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 mayor o menor intervención del solicitante en la administración de la sociedad, 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 la validez de la convocatoria que se llevó a cabo. 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.

2. Consecuencia de la doctrina expuesta es que el solicitante no puede ser amparado en su solicitud de convocatoria de junta general. Quien solicita la convocatoria de junta por parte del registrador mercantil resulta ser el órgano competente para llevarla a cabo (art. 167 de la Ley de Sociedades de Capital); y no lo ha hecho, sin que corresponda a esta Dirección General analizar y dar respuesta jurídica a los motivos que han desembocado en tal circunstancia como se ha razonado por extenso como no puede ser objeto de valoración el hecho de que el solicitante conste como administrador inscrito sin que resulte su renuncia al cargo (con plena vigencia de la presunción derivada del artículo 20 del Código de Comercio).

El supuesto contemplado en el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que trae causa de la previsión del artículo 168, constituye un recurso jurídico para que la minoría social pueda determinar los asuntos que deben ser discutidos y, en su caso, votados por la junta general de la sociedad cuando

considera que el órgano de administración no lo hace. De aquí que carezca de interés legítimo para ejercitar este derecho quien a su vez está facultado y obligado a convocar la junta general. Como queda dicho, los motivos por los que, quien hallándose en situación de poder y deber convocar la junta general no lo hace, escapan al ámbito de este expediente.

3. La apreciación de esta falta esencial de legitimación en el recurrente haría ocioso entrar en el segundo motivo de recurso que alude al hecho de que la junta celebrada llevada a cabo no se ajusta al orden del día solicitado por el requirente y solicitante ante el Registro Mercantil.

Este Centro Directivo sin embargo considera oportuno entrar en esta cuestión con el fin de no dejar sin respuesta la pretensión del recurrente. Al respecto dispone el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital que procede la convocatoria por el registrador mercantil: «Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría…», solicitud que, conforme a la previsión del artículo 168 debe incluir: «los asuntos a tratar».

La cuestión se centra en si la junta celebrada, cuestión indiscutida en este expediente, satisface o no el interés de la minoría por haberse cumplimentado el requisito de: «… *incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud».*

Y lo cierto es que así ha sido. Téngase en cuenta que el solicitante no pide la inclusión en el orden del día de ningún asunto que pueda ser objeto de votación por la junta general, sino de asuntos que afectan al derecho de información (1. Actual situación de la actividad de la compañía. 2. Estado real de las deudas, en su caso, de la compañía). La junta general convocada incluye en su orden del día cuestiones si sujetas a votación y que además permiten la deliberación sobre cualquier cuestión económica relativa a la sociedad (aprobación de las cuentas de los ejercicios 2010 a 2015, ambos inclusive, de la aplicación del resultado y de la gestión social), lo que permite tener por cumplimentada la solicitud del hoy recurrente. El acta notarial de la junta que forma parte de este expediente así lo acredita: quien compareció en representación del recurrente tuvo la oportunidad de presentar las cuestiones que tuvo por conveniente y de hacer los comentarios que estimó oportunos. Si la respuesta recibida no fue satisfactoria escapa por completo del ámbito de este expediente sin perjuicio, como queda razonado por extenso, del posible ejercicio de las acciones contempladas en el ordenamiento.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Barcelona núm. 10, doña María Azucena Bullón Manzano de fecha 9 de marzo de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 30 de mayo de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 20 de julio de 2017

En el expediente 3/2017 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Hermanos Roldán González, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en representación de don ….., presentó un escrito de fecha 20 de enero de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 10 de marzo inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Hermanos Roldán González, 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 don ….. es titular de 345 participaciones sociales (de un total de 350 que integra el capital social), en virtud de contrato privado de compraventa de fecha 1 de septiembre de 2010. Que su participación en el capital social es del 97,14%. Que dicho contrato fue suscrito por el solicitante como comprador y por los cónyuges don …… y doña …., como vendedores. Que don ….. es el actual administrador único de la sociedad. Que la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2012 tiene declarado que la forma pública en la transmisión de participaciones sociales no tiene carácter esencial por lo que la cualidad de socio deriva de dicho documento.

Que las gestiones para elevar a público el contrato han resultado infructuosas por la negativa de la parte vendedora, como acredita con copia del acta de manifestaciones de 10 de enero de 2017 autorizada por el notario de Sevilla don Francisco José Araguren Uriza, de la que resulta que notificados por burofax los vendedores para comparecer en la notaria no lo han hecho.

b) Que los citados cónyuges son titulares en la actualidad de 5 participaciones sociales que representan un 1,43% del capital social.

c) Que el resto del capital (otras 5 participaciones), otro 1, 43%, pertenece a otra persona.

d) Que con fecha 1 de agosto de 2016 requirió al órgano de administración para que procediese a convocar junta general extraordinaria mediante burofax que acompaña. Que

en fecha 19 de agosto de 2016 llevó a cabo requerimiento notarial como resulta de la copia del acta autorizada por el notario de Utrera don José Montoro Pizarro en dicha fecha y que habiendo transcurrido por exceso el plazo de dos meses solicita la convocatoria de junta general de la sociedad con el orden del día que propone e incorpora a su solicitud: «Primero. Examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales (balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria), y del informe de gestión correspondientes al ejercicio económico 2015, así como la propuesta de aplicación del resultado. Segundo. Aprobación, en su caso, de la gestión del órgano de administración durante el mencionado ejercicio 2015. Tercero. Nombramiento, cese o renuncia del actual órgano de administración y nombramiento del nuevo órgano de administración. Cuarto. Análisis de la situación actual de la empresa y medidas a tomar sobre la misma».

II

Tras ciertos trámites que no son de interés para la presente, el administrador de la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que del libro registro de socios no resulta titularidad alguna del solicitante por lo que carece de legitimación para instar el procedimiento; que no puede pretender que el Registro legitime un documento privado cuyas firmas no lo están cuando las adquisiciones de participaciones deben hacerse en documento público e inscribirse en el libro correspondiente.

III

Don ….., en representación de don ….., presenta escrito de alegaciones de fecha 1 de junio de 2017 en el que expone: 1.º Que del escrito de oposición resulta una manifiesta mala fe fácilmente constatable al manipular los mecanismos legales existentes para privar al solicitante de su derecho. 2.º Que el administrador que se opone es plenamente consciente de la cualidad de socio del solicitante y que de la documentación aportada resulta claramente la legitimación activa. Que es insostenible la alegación del órgano de administración que coincide con la persona del vendedor en el contrato. Que el libro de socios no cumple una función legitimadora, ni siquiera de publicidad pues queda reducido a un mero registro interno. Que se reitera el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2012 en cuanto al valor no esencial del documento público de transmisión de participaciones sociales. Que precisamente, establecido lo anterior, el contrato privado actúa como título de la cualidad de socio.

IV

El registrador mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 9 de junio de 2017 por la que acordó estimar la oposición y desestimar la solicitud del instante al no constar debidamente acreditada su cualidad de socio.

V

Don ….., en representación de don ….., por escrito de fecha 4 de julio de 2017, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a la suficien-

cia del documento privado para justificar la legitimación al no ser la forma pública exigida por el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital, forma esencial. Que así lo afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de mayo de 1994 y la sentencia del Tribunal Supremo de 234/2012, de 14 de abril y la 258/2012, de 5 de enero. Que además se afirma que la sociedad puede, en base al documento privado, admitir la inscripción en el libro registro de socios por lo que, dado que la sociedad tiene la certeza de la veracidad del documento privado, debe proceder a su inscripción.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; 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. Resulta del todo evidente que el recurso no puede prosperar pues ante la negativa de la sociedad a reconocer el documento privado del que derivaría la legitimación del solicitante, esta Dirección no puede sino confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla.

Es de tener en cuenta, que 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 distintas cuestiones sustantivas 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 entre el solicitante 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).

2. De acuerdo con el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 (*vide* resoluciones de 1 de abril y de 26 de mayo de 2016). 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.

3. La única cuestión que plantea el presente expediente es la relativa a la forma de acreditar el socio su legitimación y, como contrapartida, la de la enervación, en su caso, por parte de la sociedad. Dicha cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo 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, para acreditar su condición de socio, un documento privado que contiene un contrato de compraventa de participaciones de la sociedad a que se refiere la presente. La sociedad, por su parte, afirma que el solicitante carece de la condición de socio, que la sociedad no le reconoce dicha condición y que la mera presentación de un documento como el mencionado no puede desplegar efectos frente a ella. La cuestión por tanto se centra en determinar cuál haya de ser el valor del documento privado aportado al expediente para acreditar la condición de socio que para el ejercicio de la facultad establecida en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital exige dicho precepto.

4. El artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital relativo a la documentación de la transmisión de las participaciones sociales dispone lo siguiente: «1. La transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución del derecho real de prenda sobre las mismas, deberán constar en documento público. La constitución de derechos reales diferentes del referido en el párrafo anterior sobre las participaciones sociales deberá constar en escritura pública. 2. El adquirente de las participaciones sociales podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen».

Por su parte, el Tribunal Supremo (y precisamente en la sentencia que cita el recurrente de 5 de enero de 2012), tiene declarado que: «La referida exigencia formal ha sido entendida en el sentido de que no tiene carácter esencial *–ad substantiam o solemnitatem–* para la perfección de la transmisión, afirmando la Sentencia 234/2011, de 14 de abril (RJ 2011, 3591), que sólo cum-

ple la función de medio de prueba –*ad probationem*– y de oponibilidad de la transmisión a los terceros –*ad exercitium o utilitatem*–, en sentido similar al que atribuye a la misma forma el artículo 1279 del Código Civil».

De acuerdo con la norma y con la doctrina jurisprudencial las Audiencias Provinciales tienen declarado: «…conforme a lo establecido en el art. 1.257 CC (LEG 1889, 27) y en los anteriores preceptos citados (el artículo 26 LSRL a sensu contrario), pese a que el contrato privado de compraventa produce efectos entre los contratantes, hasta la elevación a público no surtirá efecto frente a la sociedad, de manera que hasta ese momento mantendrá el socio sus facultades y derechos sociales, facultades entre las que se encuentra la de solicitar convocatoria de Junta General (Audiencia Provincial de Huelva. Auto de 12 febrero 2003, Sección 1.ª).»

Y afirma con mayor rotundidad la Sentencia núm. 333/2007 de 20 septiembre (sección 8.ª), de la audiencia Provincial de Alicante: «…aun cuando el contrato privado de transmisión onerosa de las participaciones no ha sido elevado a documento público, tal exigencia, recogida en el artículo 29 de la LSRL, no constituye un requisito de validez del contrato ya que, como bien señala la Sentencia que se impugna, resulta pacífica la jurisprudencia que vincula la cuestión al principio de libertad de forma recogido en el artículo 1278 del Código Civil (LEG 1889, 27), sin que la referencia efectuada en el artículo 1280 del Código Civil se equipare a la necesidad de escritura pública de ciertos contratos como requisito de validez. Es por ello que, conforme al 1279, la forma en estos supuestos, sólo se otorga la facultad a las partes contratantes, y la consiguiente obligación recíproca, de otorgar la escritura prevista. Sin embargo, sí constituye condición de transmisibilidad frente a la sociedad, esto es, de la adquisición de la condición formal de socio, de modo que ha de estarse, en lo que la ausencia de la forma hace, a lo señalado en el citado artículo 34 de la LSRL, de manera que la ausencia de escritura no afecta a la validez del contrato sino a la eficacia y, en cualquier caso, sí faculta al contratante para pedir el otorgamiento de la correspondiente escritura al otro contratante».

Finalmente, la propia Audiencia de Alicante (Sentencia núm. 286/2011 de 1 julio. Sección 8.ª), se pronuncia sobre el contenido concreto de la facultad que a la sociedad se reconoce de aceptar o no la condición de socio del transmisario: «Lo relevante, en el caso que nos ocupa, es la interpretación que haya de darse al contenido del art. 34 LSRL («Ineficacia de las transmisiones con infracción de ley o de los estatutos», «Las transmisiones de participaciones sociales que no se ajusten a lo previsto en la ley o, en su caso, a lo establecido en los estatutos no producirán efecto alguno frente a la sociedad»). De conformidad con el artículo 26.2 LSRL, el adquirente de las participaciones sociales podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión. Ese conocimiento normalmente se producirá por la comunicación a la sociedad por alguna de las partes del contrato transmisivo, si bien, como sucede en el caso que nos ocupa, la sociedad puede

tener conocimiento por otro medio distinto. Lo importante es señalar que, ante el conocimiento de que se ha producido un negocio jurídico mediante el que se ha producido una transmisión en la titularidad de las participaciones sociales, la sociedad tiene una doble posibilidad: encontrar la transmisión correcta, e inscribirla oportunamente en el libro de socios, o bien puede desconocer la transmisión, por considerar, por ejemplo, que no se han cumplido los requisitos legales o estatutarios. Será el órgano de administración el que deba calificar el documento transmisivo, y si se considera que la transmisión no se ajusta a las prescripciones legales o estatutarias, puede desconocerla, por vía del art. 34 antes citado, sin necesidad de ejercitar acción alguna contra el contrato: será el que pretende ser reconocido como socio el que, si no está de acuerdo con esa calificación negativa, deba ejercitar las acciones que estime convenientes para que se le reconozca su condición de socio. Es decir, la sociedad no se encuentra vinculada por las transmisiones que los socios realicen o pretendan haber realizado; sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrirse caso de rechazar el reconocimiento de la condición de socio a quien la hubiera adquirido lícitamente, lo cierto es que, ante el mero conocimiento de la existencia de ese presunto negocio transmisivo, la sociedad puede rechazar, desconociéndola, la transmisión y negar al adquirente la condición de socio y el ejercicio de los derechos inherentes a dicha condición, considerando como tal al transmitente, que es lo que se hizo en el caso que nos ocupa. Todo ello, en el bien entendido caso, de que el rechazo del reconocimiento de la condición de socio efectuado unilateralmente por la sociedad no prejuzga, en absoluto, la validez o no del acto de transmisión (que, en el caso que nos ocupa, es objeto de otros procedimientos judiciales); solo se limita a establecer la falta de efecto de la misma frente a la sociedad».

5. De acuerdo con esta asentada doctrina de los Tribunales de Justicia, que no hace sino seguir fielmente el tenor de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y hoy, la de la Ley de Sociedades de Capital, este Centro Directivo ha reiterado en numerosas ocasiones (*vide* Resoluciones de 21 de julio de 2010, 30 de abril de 2012, 4 de julio de 2013 y 5 de agosto de 2014), que en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada, para que el contrato privado de transmisión de participaciones sociales tenga efectos traslativos de la propiedad, por lo menos frente a terceros, es preciso, conforme a lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital que los otorgantes eleven el contrato privado a documento público (*cfr.* artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital), salvo que la sociedad lo aprecie como legítimo y, en base al mismo, reconozca la condición de socio en la persona del adquirente.

6. Las afirmaciones del escrito de recurso no pueden desvirtuar las consideraciones anteriores. En primer lugar, porque como queda acreditado por extenso, no basta con que la jurisprudencia haya reconocido el carácter no esencial del documento público al que se refiere el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital. Lo trascendental, a los efectos de la presente es que, ante la negativa de la sociedad a reconocer el documento privado, esta Direc-

ción no puede otorgarle el efecto legitimador que el recurrente pretende. De otro modo, esta Dirección estaría hurtando a los Tribunales de Justicia la competencia, constitucionalmente atribuida, de conocer de las cuestiones civiles que se susciten entre los particulares; y a las partes, el derecho a alegar en el procedimiento plenario seguido ante la jurisdicción competente, lo que tuvieren por conveniente. De seguirse la tesis del recurrente, esta Dirección estaría reconociendo, en contra de la expresa declaración de la sociedad, efectos a un contrato que aquella no reconoce, privándole así del derecho a la defensa que la Constitución Española le reconoce.

Por el mismo motivo no puede aceptarse el argumento del escrito de recurso relativo a la necesaria inscripción en el libro registro de socios de la condición derivada del contrato privado, dada la certeza que la sociedad tiene sobre su veracidad y eficacia. Y es que el recurso hace supuesto de la cuestión: da por cierto precisamente lo que ha de ser acreditado ante la negativa de la sociedad en el ámbito jurídicamente establecido (art. 1279 del Código Civil).

En definitiva, sin prejuzgar la validez y eficacia del contrato privado esgrimido frente a la sociedad para justificar la condición de socio, esta Dirección General no puede, ante la negativa de aquella, sino confirmar la resolución del registrador mercantil sin perjuicio de que la parte ejercite las acciones que para el pleno reconocimiento del contrato le reconoce el ordenamiento jurídico.

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 9 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 20 de julio de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 18 de septiembre de 2017 (1)

En el expediente 4/2017 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Bretoncalle, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 3 de mayo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 19 posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio y administrador mancomunado de la mercantil «Bretoncalle, 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 es titular del 50% del capital de la sociedad, ostentando el cargo de administrador mancomunado junto con el otro socio que ostenta el restante capital social.

b) Que debido a determinadas circunstancias y ante la imposibilidad de tomar decisión alguna al ostentar los dos socios el mismo número de participaciones, instó convocatoria mediante dos requerimientos notariales dirigidos al otro administrador mancomunado. Que en la junta celebrada para el día 22 de febrero de 2017 no hubo acuerdo en el orden del día por lo que no se pudo celebrar.

c) Que solicita la convocatoria de la junta de conformidad con el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Acompaña copia del acta de requerimiento autorizada por el notario de San Fernando de Henares don Rafael Cervera Rodilla en fecha 19 de diciembre de 2016. El requirente, que era el hoy solicitante, requiere al notario para que a su vez requiera al otro socio y administrador mancomunado, para que conjuntamente convoquen junta general extraordinaria a celebrar el día 19 de enero de 2017 con determinado orden del día.

También acompaña copia del acta de fecha 25 de enero de 2017 autorizada por el mismo notario y en la que el solicitante y requirente entonces, reitera el requerimiento anterior para celebrar junta en fecha distinta.

Finalmente acompaña copia del acta de presencia autorizada por el mismo notario el día 22 de febrero de 2017, de la que resulta: Que en virtud del acta de fecha 19 de diciembre de 2016, referida anteriormente, se requirió de convocatoria; que el requerido propuso como fecha de celebración el día 22 de febrero de 2017 así como la adición de un punto al orden del día; que mediante el acta de requerimiento de 25 de enero, referida anteriormente, se reiteró el requerimiento incluyendo el punto del orden del día propuesto. Del acta resulta que por diligencia del mismo día se encuentran en el domicilio social los dos socios y administradores mancomunados que acuerdan celebrar junta general y universal, que uno de ellos no está conforme con determinados puntos del orden del día por lo que, al no existir acuerdo entre ellos, la junta no llega a celebrarse y se levanta la reunión.

II

Notificada la sociedad de la solicitud anterior, la sociedad no se opuso a la pretensión del socio.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 9, don José Antonio Calvo y González de Lara dictó resolución en fecha 26 de junio de 2017 por la que acordó desestimar la solicitud del

socio. Basa su decisión en que resultando de los hechos que los socios se reunieron en junta universal, la junta se celebró, aunque inmediatamente se levantó la sesión ante la imposibilidad de llegar a acuerdo alguno por lo que no se dan los presupuestos que justifican la convocatoria registral de junta general.

IV

Don ….., por escrito de fecha 13 de julio de 2017, 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, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que la junta no se llegó a celebrar al no alcanzar un acuerdo sobre el orden del día. Que los puntos del día propuestos y no aceptados (entre el que está el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el otro socio y administrador mancomunado), son esenciales para la sociedad. 2.º Que de la documentación presentada resulta con claridad que el otro administrador no atendió el requerimiento al no aceptar el orden del día propuesto. 3.º Que el hecho de que la sociedad no haya contestado al requerimiento da idea del desinterés del otro administrador en los asuntos de la sociedad. 4.º Que en la solicitud se pone de manifiesto que falta la presentación de las cuentas de varios ejercicios, supuesto contemplado en el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital. 5.º Que la sociedad puede estar incursa en causa de disolución, pero el recurrente no puede acceder ni a los locales ni a la contabilidad social. Que de no llevarse a cabo la convocatoria la sociedad seguirá en situación de bloqueo. Que reitera la solicitud de que se lleve a cabo la convocatoria con el orden del día propuesto».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; 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 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).

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 la parte solicitante ha puesto de manifiesto de modo reiterado en los distintos escritos

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 entre el socio que realiza la solicitud, titular del 50% del capital social, y el otro socio, que ostenta el mismo porcentaje de capital, y con quien comparte la administración mancomunada de la sociedad, es evidente.

Consecuentemente, no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por el solicitante en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como son las siguientes: La valoración de la conducta de las partes involucradas y las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse, la situación jurídica en que se encuentra la sociedad como consecuencia de la imposibilidad de alcanzar acuerdos, la situación derivada de la afirmación de que las cuentas anuales no se encuentran depositadas, las cuestiones relacionadas con la situación de determinados activos patrimoniales de la sociedad. 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.

2. De acuerdo con el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital, 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 (*vide* resoluciones de 1 de abril y de 26 de mayo de 2016).

En el supuesto del número dos del precepto, como se verá, 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. La evacuación del trámite de oposición por parte de la sociedad es enteramente voluntaria por lo que, aun cuando no exista contestación a la notificación practicada

por el registrador, este debe resolver el derecho la procedencia o no de la solicitud formulada.

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 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 (*vide* 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).

2. 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».

Como han puesto de manifiesto las resoluciones de 9 de marzo, 1 y 25 de abril de 2016, de los preceptos transcritos resulta que dos son los requisitos que deben ponerse de manifiesto en el expediente registral: que la convocatoria sea solicitada por un socio de la sociedad que reúna el mínimo de capital a

que se refiere el artículo 168, y que el órgano de administración no haya atendido la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada mediante requerimiento notarial.

3. La especialidad del supuesto de hecho que da lugar a la presente consiste en que la sociedad está integrada por dos únicos socios que ostentan cada uno el 50% del capital social y que integran el órgano de administración siendo cada uno de ellos administrador mancomunado. La situación de bloqueo de la sociedad, que reconoce el propio solicitante (que incluso habla de posible concurrencia de situación de disolución), es patente de acuerdo a los hechos que resultan de la documentación aportada.

En el expediente que da lugar a la presente, se ha llevado a cabo el requerimiento a que hace referencia el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital y, como consecuencia, el requerido junto con el requirente se han reunido para debatir el orden del día propuesto por este con el añadido propuesto por aquél y en la fecha y lugar señalados. Del acta notarial resulta por tanto que el requerimiento se ha practicado y que la reunión de los dos únicos socios se ha producido sin que hayan sido capaces siquiera de entrar a discutir el orden del día, que tampoco se ha aceptado.

De conformidad con el artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital: «La junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión.» Así ocurre en el supuesto de hecho en el que de la diligencia llevada a cabo por el notario resulta que el día señalado se reunieron en lugar fijado los dos únicos socios acordando la celebración de la junta general y universal. El hecho de que, con posterioridad, a dicho acuerdo no se alcanzase ningún otro no desvirtúa el hecho de la celebración de la junta, aunque su resultado haya sido nulo al no alcanzarse acuerdo alguno.

Resulta por tanto indiscutible que la finalidad de la convocatoria, que no es otra que la de llamar a los socios a reunirse, ha sido debidamente cumplimentada. Resulta igualmente indiscutible que ni la convocatoria garantiza que los socios acudan a la reunión ni, mucho menos, que los acuerdos propuestos vayan a ser alcanzados o, incluso, discutidos. Lo que no puede pretender el recurrente es que la junta general realizada como consecuencia de su requerimiento y que ha resultado infructuosa, se considere como no hecha como consecuencia de la falta absoluta de acuerdos entre los socios.

La evidente situación de conflicto que existe en la sociedad y entre los socios debe encontrar su vía de solución en los cauces adecuados, pero no puede dar lugar a la reiteración de un acto que se ha llevado a cabo si bien con un resultado distinto al deseado por el solicitante.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 9, don José Antonio Calvo y González de Lara de fecha 26 de junio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid núm. 9.

Resolución de 25 de septiembre de 2017

En el expediente 5/2017 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Centro Mendigorría, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 31 de julio de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Toledo, 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 «Centro Mendigorría, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto y con el orden del día que resulta de la documentación que se acompaña. También solicita que se designe presidente y secretario de la junta al margen del sistema previsto en los estatutos sociales.

De la copia del acta de requerimiento autorizada por el notario de Toledo don Fidel Sánchez Lozano el día 30 de mayo de 2017, que se acompaña, resulta:

a) Que el ahora solicitante requiere al notario autorizante como socio de la sociedad «Centro Mendigorría, S.L.», como titular de más de un 5% de participaciones sociales y en base al artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital para que a su vez lo haga al administrador mancomunado de la sociedad don ….. para que convoque junta general extraordinaria con el siguiente orden del día: «La exclusión como socia de la ex administradora Pilar Palomino Dorado con base en el artículo 350 Ley de Sociedades de Capital.»

b) Consta diligencia del notario autorizante del mismo día 30 de mayo de 2017 de la que resulta que en esa fecha ha hecho entrega de cédula al requerido que la ha aceptado.

II

La registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López calificó la anterior documentación en fecha 7 de agosto de 2017 en el siguiente sentido: «La convocatoria de la junta general es competencia de los administradores y al estar encomendada la administración de esta sociedad a dos administradores mancomunados, el requerimiento para convocar una junta general debe hacerse a ambos administradores mancomunados. Además, al estar encomendada la administración de la sociedad a dos administradores mancomunados y tener que realizarse la convocatoria de junta general por ambos administradores mancomunados, se ha cesado a uno de ellos se tiene que nombrar otro administrador mancomunado o cambiar el sistema de administración social».

IV

Don ….., por escrito de fecha 5 de septiembre de 2017, que tuvo entrada el día 8 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Toledo, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que a pesar de existir una administración mancomunada la convocatoria durante los años anteriores ha sido realizada siempre por uno de ellos como se justifica con la documentación que se acompaña. Que la administradora cesada es titular del 50% del capital social lo que le da un derecho de veto para la adopción de cualquier acuerdo por lo que es imprescindible que se lleve a cabo la junta general con inclusión del orden del día relativo a su exclusión. 2.º Que el ahora recurrente interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia y Mercantil de Toledo en el que recayó sentencia, hoy firme, por la que se le destituyó de su cargo de administradora en la sociedad como se acredita con documentación que acompaña. 3.º Que el administrador mancomunado restante ha remitido a los socios convocatoria de junta en fecha 25 de mayo de 2017 a celebrar el día 21 de diciembre del mismo año con el único orden del día de nombramiento de administradores, lo que justifica con copia de la convocatoria recibida. 4.º Que la nota de calificación exige que el requerimiento se haga a los dos administradores mancomunados, pero es evidente que carece de sentido requerir a la administradora que ha sido cesada por la sentencia firme. 5.º Que la nota parte de la preeminencia del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital frente al artículo 168 lo que no es correcto como se desprende del carácter potestativo que aquél otorga a la solicitud de los socios. Que la junta para proveer otro administrador ya está convocada sin que el socio precise del apoyo del registrador mercantil o letrado de la Administración de Justicia para llevarla a cabo. Además, esta junta tiene un orden del día limitado legalmente a la elección de administrador por lo que no podría tratarse ningún otro asunto como el solicitado por el recurrente, lo que implica un retraso innecesario que cercena el derecho del socio minoritario. Por el contrario, si se realiza la junta solicitada en ella sí que se podría tratar el nombramiento o cese de administradores conforme al artículo 223 de la Ley de Sociedades de Capital. 6.º Que el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital ampara la solicitud del socio concurriendo los requisitos en él establecidos, así como un claro peligro de mora derivado tanto de la lejanía de la fecha de convocatoria para elegir un nuevo miembro del órgano de administración, como por la capacidad de bloqueo que ostenta la socia administradora cesada. Que puede resultar en una paralización de la sociedad e incluso en una causa de disolución. Que de todo lo anterior resulta evidente la preeminencia del interés social y la pertinencia del ejercicio del amparo que al socio provee el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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 presente expediente plantea una cuestión formal que debe resolverse con carácter previo a cualquier otra pues de su resultado depende la pertinencia de que esta Dirección se pronuncie o no sobre la cuestión de fondo.

La cuestión se refiere a si los trámites procedimentales que se han seguido por parte del Registro Mercantil de Toledo han sido o no los pertinentes y si con ellos se ha salvaguardado o no la posición jurídica de las posibles personas interesadas en la resolución a dictar.

2. Esta Dirección General ha tenido ocasión de afirmar (*vide* resoluciones en materia de convocatoria de juntas generales de fechas 7 y 9 de marzo, 25 de abril, 15 de junio y 7 de noviembre de 2016), que 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 procedimiento distinto al propio de la calificación registral, así como la existencia de un sistema de recursos igualmente distinto (arts. 121 y 122 de la Ley 39/2015), y, finalmente, la aplicación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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. 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.* artículos 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). 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. Téngase en cuenta que, aunque en materia de convocatoria registral de junta, nada se dice sobre las normas a las que se ajustará el procedimiento, 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 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.* artículo 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.* artículo 364 del Reglamento del Registro Mercantil). Hay una aplicación supletoria de segundo grado de lo establecido en el procedimiento registral común e hipotecario (*vid.* artículo 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. 4.1.c, 53.1.e y 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), la oportunidad de alegar lo que a su derecho pudiera convenir.

Así las cosas, procede que esta Dirección, en aplicación de las normas generales en materia de procedimiento (*vide* artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), acuerde la declaración de anulación de actuacio-

nes retrotrayéndolas al momento en que, de acuerdo con las normas citadas en los considerandos anteriores, procedió el traslado a la sociedad.

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…».

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 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 y de alegar lo que a su derecho conviniera.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Dirección sí que entiende que debe hacer un pronunciamiento sobre la relación existente entre el artículo 171 y el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital. El ejercicio del derecho que al socio minoritario reconoce el artículo 169.2 implica una falta de cumplimiento del requerimiento previamente realizado. El requerimiento, conforme al artículo 168 de la propia Ley, debe realizarse a los administradores, y es evidente que no puede imputarse al socio que ejercita su derecho la situación derivada de la falta de consenso en el órgano de administración o de la imposibilidad de actuación del mismo. Precisamente cuando esta situación se produce es cuando surge la competencia del registrador mercantil o del letrado de la Administración de Justicia para llevar a cabo la convocatoria de junta. Si el socio agota las posibilidades de requerimiento que la Ley le reconoce en la persona del único administrador mancomunado con cargo inscrito y vigente y si este no puede llevar a cabo la convocatoria requerida por carecer del necesario concurso de otro administrador (*vide* resolución de 25 de julio de 2015, entre otras), es patente que entre en juego la competencia que a ambos funcionarios reconoce la Ley.

Esta Dirección resuelve:

1.º Dejar sin efecto la resolución de la registradora mercantil de Toledo doña Pilar del Olmo López de 7 de agosto de 2017.

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 «Centro Mendigorría, S.L.»

3.º Devolver el expediente al Registro Mercantil de Toledo a fin de que de acuerdo con los puntos anteriores lleve a cabo la instrucción del expediente.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocarla resolución de la registradora mercantil de Toledo doña Pilar del Olmo López de 7 de agosto de 2017, en los términos que resultan.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 25 de septiembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo. Sra. registradora de Toledo.

Resolución de 10 de octubre de 2017

En el expediente 8/2017 sobre convocatoria de Junta General a instancia de interesados de la sociedad «Emsule, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., don….., doña ….., don ….., doña ….., don ….., doña ….., doña ….., don ….., doña ….. y don ….. presentaron un escrito de fecha 16 de mayo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 18 inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de la mercantil «Emsule, 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 los solicitantes son concejales del Ayuntamiento de Leganés y miembros con derecho a voto de la junta general de accionistas compuesta por los 27 miembros de la corporación municipal por lo que su representación supera el 5% de la representación de la sociedad.

b) Que han solicitado al presidente y secretaria general de la junta general de accionistas de la sociedad convocatoria de junta general extraordinaria, con determinado orden del día y sin que los administradores hayan atendido su solicitud.

c) Que solicitan la convocatoria de la junta de conformidad con la previsión del artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

El registrador mercantil de Madrid oficia a los solicitantes por escrito de fecha 25 de mayo de 2017 en el siguiente sentido:

a) Que es preciso que acrediten la titularidad de, al menos, el 5% de las acciones de la sociedad por resultar del contenido del Registro la condición de unipersonal de la sociedad.

b) Que es preciso acreditar, conforme al artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital, que han requerido notarialmente al órgano de administración y que han transcurrido dos meses sin que se haya atendido el requerimiento.

Los firmantes de la solicitud contestan al anterior requerimiento mediante escrito de fecha 7 de junio de 2017, con entrada en el Registro Mercantil el día 9 inmediato posterior en el siguiente sentido:

a) Que conforme al artículo 9 de los estatutos de la mercantil: «La representación del capital social propiedad del Ayuntamiento de Leganés, se efectuará en las juntas generales, por la totalidad de los miembros de la corporación.» Que estando la corporación municipal integrada por 27 concejales, cada edil representa ese capital social lo que es identificable a efectos políticos, con la titularidad del capital pues cada edil con sus votos cotos deciden lo que corresponda asumiendo las obligaciones y cargas que de los acuerdos se deriven. En consecuencia, el requisito del 5% queda sobradamente cumplimentado.

b) Que a los efectos del artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital se ha cumplido la obligación de requerir formalmente puesto que del escrito registrado en fecha 28 de febrero de 2017, que se acompaña, que va dirigido a la secretaria general del pleno como fedatario público, pues de conformidad con el artículo 92bis 1.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril de bases del Régimen Local, la labor de fe pública la desempeña el secretario del ayuntamiento.

II

La sociedad, por medio de su apoderado don ….., se opuso a la pretensión de los solicitantes alegando: 1.º Que en fecha 28 de febrero de 2017 tuvo entrada en la sociedad escrito firmado por 11 concejales del Ayuntamiento en el que solicitaban la convocatoria de junta general. Que dichos concejales no ostentan la condición de accionistas de la sociedad. Que, con independencia de lo anterior, el consejo de administración decidió en su reunión del día 27 de marzo de 2017 la convocatoria de junta general, convocatoria ante la que los solicitantes instan complemento de conformidad con el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital a pesar de no ostentar la condición de accionistas. 2.º Que a pesar de no ostentar la condición de accionistas de la sociedad, el consejo de administración, en su reunión de 28 de abril de 2017, decidió someter a votación sus dos solicitudes (convocatoria y ampliación de convocatoria), habiéndose adoptado el acuerdo de no aprobar la convocatoria ante la ausencia de los ediles solicitantes. Que en definitiva, los concejales pretenden arrogarse una condición que no les corresponde. 3.º Que no es de aplicación el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital pues siendo la sociedad unipersonal, no pueden los concejales arrogarse la condición de socios. Que otra cosa es cómo actúa el socio único de conformidad con el artículo 85 ter de la Ley de Bases de Régimen Local y el artículo 9 de los estatutos sociales. Que no se ha llevado a cabo el requerimiento notarial a que se refiere el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital pues la comunicación hecha a la secretaria del pleno será en todo caso un requerimiento privado hecho por los concejales a un fedatario público cuyas funciones no son equiparables a las de un notario como resulta de los artículos 1 y 2 del Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre y del artículo 111 del Reglamento orgánico Municipal del Ayuntamiento de Leganés. Que a lo anterior se une que el requerimiento fue dirigido al presidente y a la secretaria general de la junta general de accionistas cuando debería haberse dirigido al órgano de administración propiamente dicho.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 9, don José Antonio Calvo González de Lara dictó resolución en fecha 6 de julio de 2017 por la que acordó estimar la oposición y desestimar la solicitud de los solicitantes.

IV

Los ediles del Ayuntamiento de Leganés que promovieron el expediente, por escrito de fecha 1 de agosto de 2017, que tuvo entrada el día 10 inmediato posterior 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 el registrador mercantil rechaza la solicitud basándose en la condición unipersonal de la sociedad, siendo su socio único el Ayuntamiento de Leganés. 2.º Que más allá del *nomen iuris* es preciso levantar el velo y adentrarse en su verdadera naturaleza jurídica. Que es preciso ajustar a la sociedad el principio de legalidad del artículo 106 de la Constitución Española y no amparar un déficit de control y transparencia que quedaría sacralizado de otro modo quedando claramente desprotegidas las minorías y cercenadas en su legítima labor. 3.º Que, como resulta de su solicitud y del artículo 9 de los estatutos sociales, cada edil representa el capital social lo que se identifica con la titularidad del capital a efectos políticos de ejercicio de derechos y asunción de responsabilidades, los cuales son individualizables en cada uno de los concejales. La condición de accionistas de la sociedad no puede quedar convertida en una realidad virtual, sin derechos, pero con todas las obligaciones y responsabilidades. Cada uno de los concejales es responsable individualmente y depositario de un voto con efectos jurídicos y económicos. 4.º Que la afirmación de que el artículo 169 no puede ser de aplicación genera una innegable indefensión de los ediles miembros de la junta general tanto en el desequilibrio de deberes y responsabilidades como en el control e impugnación de los acuerdos societarios y dirección de la sociedad. Que de otro modo ni por la jurisdicción contenciosa ni por la mercantil encontrarían acomodo sus reivindicaciones. Que los puntos del orden del día que se solicitan son de indudable enjundia e importancia al afectar a elementos nucleares del funcionamiento y transparencia de la sociedad. Estos puntos quedarán en el aire de triunfar la tesis del registrador mercantil al quedar sujetos al arbitrio de la mayoría, siendo la existencia de accionista único una mera ficción legal existiendo una auténtica sociedad pluripersonal. Que no se puede dar por bueno que la sociedad es de accionista único y aceptar que al mismo tiempo se convoque a 27 personas a su junta general. Además, muchos de los ediles convocados no se integran en el consejo de administración por lo que tampoco podrían influir en el contenido a tratar en las juntas generales por no tener acceso al derecho al complemento de convocatoria. Que la patente contradicción y laguna legal debe rellenarse por los criterios que marca el propio ordenamiento jurídico yendo a las entrañas de la sociedad, aceptando que los 27 ediles son de facto accionistas. Que la tesis del registrador va en contra de la propia Ley de Sociedades de Capital cuando atribuye un haz de derechos a los socios minoritarios, así como resulta contraria a la reforma operada por la Ley 27/2013, de sostenibilidad y racionalización de la Administración Local que tiene como objetivo evitar agujeros negros en el control de empresas públicas».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; 12 y siguientes y 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. 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, 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. Esta puntualización resulta de especial importancia en un supuesto como el planteado en el expediente en que la existencia de un conflicto entre los ediles que llevan a cabo la solicitud y la representación de la sociedad de capital unipersonal de capital público 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 las relativas al levantamiento del velo de una persona jurídica, a las relaciones entre los distintos ediles de la Corporación Local y la sociedad municipal, las afirmaciones sobre falta de transparencia y de control en el gobierno de la sociedad… 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.

2. Establecido lo anterior resulta evidente que el recurso no puede prosperar. En nuestro ordenamiento jurídico, las sociedades de capital pueden ostentar la condición de unipersonales, circunstancia que se produce cuando el capital social pertenece en su integridad a un único socio (art. 12 de la Ley de Sociedades de Capital). Consecuencia directa de la unipersonalidad es la obligación de adoptar especiales medidas de protección a favor de terceros, como son la necesaria publicidad (art. 13 de la propia Ley), así como la de especial documentación y registro de los contratos vinculados (art. 16).

La unipersonalidad condiciona la forma de gestionar la sociedad de capital pues existiendo un único socio es el mismo el que asume las competencias de la junta general mediante la expresión de su voluntad (art. 15.1), y, en su caso, las del órgano de administración. Las decisiones del socio único deben ser debidamente documentadas a fin de dejar constancia de las mismas (art. 15.2).

Siendo el socio único una persona jurídica (art. 12 de la Ley), la expresión de la voluntad social se debe llevar a cabo de acuerdo a las propias normas que rijan el concreto tipo a que obedezca la entidad, ya sea una sociedad de capital, una sociedad personalista o una entidad sin ánimo de lucro. En el supuesto más sencillo, será el administrador individual de la persona jurídica el que ejerza los derechos inherentes a la condición de socio (art. 93 de la Ley de Sociedades de Capital), de modo que podrá expresar, por sí sólo, la voluntad social de la sociedad unipersonal y plasmarla en el libro a que se refiere el artículo 15.2. En otros supuestos más complejos, la expresión de la voluntad social de la sociedad unipersonal requerirá un acto previo de decisión del órgano que en la entidad socia única tenga encomendada su gestión y, por tanto, el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio. Así ocurrirá, por ejemplo, si la entidad socio único es una sociedad de capital cuya administración esté encomendada a administradores mancomunados o a un consejo de administración.

3. Este esquema de cosas se aplica igualmente a los supuestos en los que el socio único es una administración pública, si bien adaptados a las especialidades que a las mismas reconoce la propia Ley de Sociedades de Capital (art. 17), o la legislación por la que se rija aquella.

En el concreto ámbito de las sociedades de capital constituidas para el desempeño de los servicios públicos cuya competencia ostentan las corporaciones locales (art. 85.2.d) de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 abril), dispone el artículo 85 ter de su Ley reguladora lo siguiente (en los términos resultantes de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre): «1. Las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo. 2. La sociedad deberá adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la escritura de cons-

titución constará el capital que deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad. 3. Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas».

De la regulación legal resulta, con absoluta claridad, que dichas sociedades unipersonales de titularidad local se rigen por las normas de derecho privado y, más concretamente, por las propias de la Ley de Sociedades de Capital sin más especialidades que las relativas a las materias presupuestaria, contable, financiera y de control de contratación. Además, el apartado tercero de la norma establece que serán los estatutos los que habrán de determinar la forma de designación y funcionamiento de sus órganos. Más allá de estas especialidades se aplica en su integridad la Ley de Sociedades de Capital.

4. En el presente expediente, la sociedad unipersonal, en cumplimiento de la previsión legal establece lo siguiente en el artículo 9 de sus estatutos: «La representación del capital social propiedad del Ayuntamiento de Leganés, se efectuará en las juntas generales, por la totalidad de los miembros de la corporación».

Del Registro resulta en consecuencia, que la sociedad es unipersonal siendo el Ayuntamiento de Leganés el socio único y que la formación de la voluntad social a que se refiere el artículo 15 de la Ley de Sociedades de Capital no excluye la existencia de junta general, junta en la que se integran los miembros de la corporación municipal, no como socios, sino como tales. La particularidad pues, es que la unipersonalidad no excluye la existencia de una junta general en la que se intenta plasmar la diferente composición de la corporación municipal. De este modo la conformación de la voluntad social de la sociedad anónima se alcanza por medio de los acuerdos que resulten de la reunión de junta. Pero lo anterior no excluye el hecho incontestable de que la sociedad es unipersonal, que no existen socios minoritarios y que quienes están autorizados para conformar la voluntad social, mediante el juego de las mayorías, no ostentan dicha condición.

La especial naturaleza de este tipo de sociedades podría plantear la cuestión de si sería admisible una regulación estatutaria, dada la autorización contenida en el artículo 85 ter de la Ley 7/1985, de 2 abril de Bases de Régimen Local, en la que se contemplase que las personas con derecho a participar en las juntas de la sociedad ostentarán igualmente otros que acercase su posición jurídica a la de los socios en las sociedades de capital. Pero lo cierto es que en el presente supuesto no es así, los estatutos sociales no recogen especialidad alguna al respecto y no se puede pretender, como hacen los solicitantes, que se les reconozcan unos derechos que no resultan ni de la Ley ni de los estatutos sociales. El registrador mercantil lleva a cabo el ejercicio de su competencia en función del contenido del Registro Mercantil que se presume exacto y válido (art. 20 del Código de Comercio), por lo que siendo indiscutido que la sociedad tiene la cualidad de unipersonal no puede pretenderse que actúe

como si dicha condición no resultare del Registro o como si de este resultaren la existencia de previsiones que no constan en la hoja social.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 9, don José Antonio Calvo González de Lara de fecha 6 de julio de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 10 de octubre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 23 de octubre de 2017

En el expediente 7/2017 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «CMP Global, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 26 de julio de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Jaén, en el que tuvo su entrada el día siguiente, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «CMP Global, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

II

La administración de la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Falta de competencia material del registrador mercantil de Jaén para la convocatoria de junta. 2.º Defectos formales e improcedencia de la convocatoria. 3.º Abuso de derecho del solicitante.

III

El registrador mercantil accidental de Jaén, don José Ramón Menéndez Suárez dictó resolución en fecha 21 de agosto de 2017 por la que acordó desestimar la oposición y estimar la solicitud del socio.

IV

Don ….., por escrito de fecha 26 de septiembre de 2017, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Jaén, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos del escrito de oposición.

V

El día 17 de octubre de 2017 tiene entrada en esta Dirección General escrito de don ….. por el que manifiesta su voluntad de no continuar el procedimiento dado que se ha presentado en el Registro Mercantil solicitud de inscripción de administrador único.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 53, 84 y 94 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por don ….., solicitante de la convocatoria de junta general de la sociedad «CMP Global, 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 resuelve estimar el desistimiento y acordar la conclusión del procedimiento de convocatoria registral 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 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, 23 de octubre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Jaén.

Resolución de 2 de noviembre de 2017

En el expediente 6/2017 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Benessere Laica, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., actuando en representación de la sociedad de nacionalidad italiana «Laica, S.P.A.», presentó un escrito de fecha 3 de julio de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día seis 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 «Benessere Laica, 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 conforme el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad no ha convocado junta general ordinaria.

b) Que conforme al artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad no ha convocado junta general extraordinaria con el orden del día propuesto y contenido en el requerimiento notarial que se dirá.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General ordinaria y extraordinaria con el orden del día que corresponda a la primera y con el propuesto en cuanto a la segunda.

b) Que designe como presidente de la Junta General a celebrar a la propia sociedad solicitante, «Laica, S.P.A.» y secretario a la socia minoritaria doña …..

Acompaña a su solicitud copia del acta de notificación autorizada por el notario de Pretel don Alejandro C. Pérez Martínez el día 24 de abril de 2017 a requerimiento de la sociedad hoy solicitante con la finalidad de que se requiera a doña ….. con el fin de que lleve a cabo la convocatoria de junta general de la sociedad «Benessere Laica, S.L.» con el siguiente orden del día: «Debate acerca de la actual situación de la compañía y de sus opciones de futuro.» De la diligencia de cumplimiento fechada el día 25 de abril de 2017, resulta la entrega de la oportuna cédula de requerimiento. De diligencia de fecha 26 de abril de 2017, resulta la entrega al notario autorizante de escrito de igual fecha de la requerida del que resulta: Que se acompañan el acta, memoria, balance y cuenta de resultados de la sociedad en el ejercicio 2016; que el socio mayoritario y solicitante resolvió unilateralmente el contrato de distribución en exclusiva; que se está produciendo un estrangulamiento de la actividad de la sociedad por parte de la solicitante al no proveer del material necesario para atender pedidos; que como consecuencia la sociedad no está cumpliendo con sus clientes; que la sociedad ha mostrado su disposición a reunirse con el socio mayoritario a fin de discutir la situación provocada por su estrategia; que la sociedad solicitante se ha negado a dicha reunión que, siendo dos los socios de la sociedad, haría facilísimo la celebración de la junta solicitada; que como administradora de la sociedad tiene encargada una auditoría que remitirá cuando este realizada momento en el que convocará junta general ordinaria y extraordinaria a pesar de la falta de interés de la solicitante en el interés general

de la sociedad; que requiere a la solicitante el envío urgente de los pedidos pendientes para evitar el deterioro de la sociedad.

II

Notificada la sociedad por parte del registrador en los términos del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, la administración de la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que había procedido a la convocatoria de junta lo que justifica mediante aportación del escrito de convocatoria. Del mismo resulta que la administradora única, doña ….. convoca junta general a celebrar en el domicilio social el día 16 de agosto de 2017 con el orden del día siguiente: Examen y aprobación, en su caso, de las cuentas del ejercicio 2016, examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado, examen y aprobación, en su caso, de la gestión social, debate acerca de la actual situación de la compañía y sus opciones de futuro, redacción, lectura y aprobación, en su caso, del acta de la junta.

III

El registrador mercantil de Alicante núm. 1, don Jaime del Valle Pintos dictó resolución en fecha 26 de julio de 2017 por la que acordó estimar la oposición y desestimar la solicitud del socio habida cuenta de la justificación de la convocatoria llevada a cabo.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 7 de septiembre de 2017, que tuvo entrada el día 11 inmediato en el Registro Mercantil de Alicante (si bien consta sello de imposición de Correos en Valencia el día 7 de septiembre), interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que en fecha 8 de agosto de 2017 la administradora única remitió a la sociedad solicitante escrito de desconvocatoria de la junta convocada para el día 16 de agosto de 2017 y simultánea convocatoria de junta general para el día 20 de septiembre del mismo 2017, lo que se justifica mediante documento adjunto. 2.º Que en fecha 1 de septiembre de 2017, la administradora única remitió a la sociedad solicitante escrito por el que llevaba a cabo la desconvocatoria de la junta a celebrar el día 20 de septiembre con simultánea convocatoria para el día 21 del mismo mes y año, lo que se justifica con la oportuna documental. 3.º Que la solicitante había requerido a la sociedad para la celebración de la junta general extraordinaria que debería haber sido convocada para ser llevada a cabo no más tarde del día 25 de junio de 2017 (habida cuenta de la fecha de recepción del requerimiento), así como la junta general ordinaria no más tarde del día 30 de junio de 2017. Que en consecuencia el registrador debería haber continuado el procedimiento de convocatoria de junta por ser las actuaciones de la administradora de fecha posterior. 4.º Que la voluntad del legislador, artículos 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital, es habilitar un procedimiento a los socios que les garantice su derecho a la celebración de la junta general sustituyendo a la administración incumplidora y asegurando así su celebración. Que en consecuencia la convocatoria extemporánea no puede ser motivo para denegar la solicitud del socio pues se dan situaciones como la que resulta de los hechos, situación de abuso que es la que se intenta evitar en la regulación legal al privar definitivamente al administrador incumplidor de su facultad de

convocar la junta mientras el procedimiento se desarrolla. 5.º Que es incomprensible que la resolución del registrador impute los gastos del procedimiento a la solicitante».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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; 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 ante el registrador mercantil convocatoria de junta general ordinaria y extraordinaria de una sociedad de responsabilidad limitada, el registrador rechaza la solicitud por haberse acreditado, en fase de oposición, que la administración social ha llevado a cabo la convocatoria en términos tales que permiten tener por satisfecho el interés del solicitante. En vía de recurso se justifica en el expediente que dicho órgano ha desconvocado la junta con nueva convocatoria que, igualmente, es objeto de posterior desconvocatoria acompañada de una nueva convocatoria. El recurrente entiende que su derecho ha quedado frustrado por la acción desarrollada por el órgano de administración y esta Dirección General entiende que es forzoso amparar su pretensión por los motivos que se desarrollan a continuación.

Es preciso recordar, con carácter previo, que 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, 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. 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 las relativas al cumplimiento de las relaciones comerciales entre las partes interesadas o 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.

2. Solicitada por un socio de sociedad limitada 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 correspondientes al ejercicio 2016 y, por otro lado se solicita convocatoria de junta al efecto de examinar el estado de la sociedad y las opciones de futuro.

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.

3. 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 (*vide* resoluciones de 1 de abril y de 26 de mayo de 2016).

En el supuesto del segundo número del precepto resulta que dos son los requisitos que deben ponerse de manifiesto en el expediente registral: que la convocatoria sea solicitada por un socio de la sociedad que reúna el mínimo de capital a que se refiere el artículo 168, y que el órgano de administración no haya atendido la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada mediante requerimiento notarial (*vide* resoluciones de 9 de marzo, 1 y 25 de abril de 2016).

En el expediente que da lugar a la presente constan acreditados el conjunto de requisitos a que se ha hecho referencia por lo que el sentido de esta resolución sólo puede ser estimatoria.

4. Ahora bien, este Centro Directivo no puede desconocer que concurren circunstancias singulares que deben ser analizadas a fin de determinar si la anterior afirmación debe ser matizada. Dichas circunstancias son dos: la primera, el hecho de que existe una convocatoria posterior a la solicitud del socio y segunda, que dicha convocatoria ha sido objeto de desconvocatoria por el propio órgano de administración.

Respecto de la primera cuestión, el registrador entiende que es suficiente la existencia de la convocatoria posterior a la solicitud para que el interés del solicitante se de por satisfecho. Esta Dirección no puede compartir el sentido de su resolución pues resulta del todo evidente que la mera convocatoria realizada con posterioridad por el órgano de administración no tiene porqué satisfacer su interés.

Esta Dirección General ha afirmado en numerosas ocasiones y en sede de designación de auditores a instancia de la minoría (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 el interés del socio sólo puede quedar enervado si la sociedad acredita el nombramiento de un auditor voluntario. Como dicha circunstancia no es suficiente para satisfacer el interés del socio, es doctrina reiteradísima que es preciso, además, que se garantice que se han tomado las medidas oportunas para que dicha satisfacción se produzca bien mediante la inscripción del cargo en el Registro Mercantil, bien mediante la justificación de la entrega del informe de verificación al solicitante, bien mediante su aportación al expediente (*vide*, por todas, resoluciones de 19 de mayo y 17 de junio de 2017).

Trasladadas tales consideraciones al ámbito a que se refiere este expediente resulta patente que la mera convocatoria posterior realizada por el órgano de administración no satisface el interés del solicitante pues debe acreditarse que la reunión se ha llevado efectivamente a cabo en términos exactos a los amparados legalmente y con independencia de las vicisitudes que en la misma hayan podido producirse. De los hechos resulta que el instante no sólo solicita la convocatoria de junta general ordinaria y extraordinaria con determinado orden del día sino, además, que se designe por el registrador mercantil presidente y secretario de la junta al amparo de la previsión del artículo 170.2 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, si bien resulta del expediente que la convocatoria se llevó a cabo, ni se ha acreditado que la junta se haya llevado a efecto (o las circunstancias que lo hayan impedido), ni que el interés del solicitante en cuanto a la designación de presidente y secretario se haya respetado.

5. Consecuencia de las conclusiones anteriores podría resultar superflua la toma en consideración del hecho de que la convocatoria posterior fuera desconvocada. Sin embargo, esta Dirección considera de interés fijar postura al respecto pues podría llegarse a la equívoca afirmación de que la mera desconvocatoria de la junta convocada podría servir como justificación para afirmar que el interés del solicitante se vio satisfecho a pesar de que la junta no llegara a celebrarse. Nada más lejos.

Es cierto, como pone de relieve la resolución de esta Dirección de 22 de mayo de 2017 (con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2004, entre otras de distintos tribunales, *vide* Resolución de 28 de julio de 2014), que ante la falta de expreso tratamiento en la Ley, debe estimarse que el órgano competente para convocar la junta puede desconvocarla, y que esta decisión forma parte de su haz de facultades, de modo que, adoptada la misma, la junta que se lleve a cabo a pesar de tal decisión, comoquiera que la junta no puede suplir al órgano a quien la norma atribuye la facultad de convocar, debe entenderse inválidamente celebrada, dejando a salvo el supuesto de junta universal, siendo el supuesto asimilable al de falta de convocatoria, nulidad que no prejuzga las eventuales responsabilidades del administrador que acordare la desconvocatoria, que no competen a este Centro Directivo dirimir.

Ahora bien, cuando se está ante el supuesto del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital resulta evidente que la posterior desconvocatoria de la junta llevada a cabo por el órgano de administración no hace sino confirmar la ausencia de satisfacción del interés del solicitante a que se convoque y se celebre la junta a que dicho precepto se refiere. Acreditado en el expediente que la junta ordinaria no se llevó a cabo en el plazo legalmente establecido y que la junta extraordinaria tampoco se llevó a cabo en el plazo previsto en el artículo 168, resulta indiscutible que el interés del socio instante ha quedado insatisfecho sin que la posterior convocatoria y desconvocatoria de junta modifiquen dicha situación. Procede en consecuencia la apreciación de los motivos de recurso.

6. Por último, y para dar satisfacción a la recurrente en la amplitud en que se expresa en su escrito de recurso, es evidente que los gastos derivados de la convocatoria llevada a cabo por decisión del registrador mercantil debe satisfacerlos la sociedad. Dispone el artículo 170.4 de la Ley de Sociedades de Capital: «Los gastos de la convocatoria registral serán de cuenta de la sociedad.» La rotundidad con que se expresa la norma hace innecesario cualquier análisis por lo que no resta sino estimar el motivo.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Alicante núm. 1, don Jaime del Valle Pintos de fecha 26 de julio de 2017, 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 competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 2 de noviembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 1 de diciembre de 2017

En el expediente 9/2017 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «XT Logistics, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 12 de julio de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 14 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo de los artículos 169.2 y 203 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio titular de un 16% del capital de la mercantil «XT Logistics, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del conjunto de la documentación presentada resulta:

a) Que por la administración de la sociedad se convocó junta general ordinaria y extraordinaria a celebrar el día 31 de mayo de 2017.

b) Que el hoy solicitante remitió burofax a la administración social solicitando: al amparo del artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital la presencia de notario; la celebración de junta de las otras sociedades del grupo; la aprobación de las cuentas de ejercicios anteriores a 2016; y, el cambio de administrador de las sociedades. Del informe de envío emitido por la oficina virtual, resulta la entrega en fecha 22 de mayo de 2017.

c) El solicitante acompaña copia del acta de la junta celebrada con el fin de acreditar que la misma se llevó a cabo sin la presencia de notario.

d) Por medio de acta autorizada por el notario de Barcelona don Miquel Tarragona Coromina el día 2 de junio de 2017, el solicitante le requirió a fin de que remitiese a la administración de la sociedad y por medio de correo certificado con acuse de recibo, carta en la que consta que ante la falta de presencia de notario los acuerdos no son eficaces y en la que recuerda la obligación de atender las comunicaciones y correos electrónicos de los socios, conminándole a no actuar como liquidador hasta que se convoque junta general extraordinaria. Del certificado de correos que se adjunta resulta que la carta no fue entregada.

II

La administración de la sociedad, don …..., se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la junta general ordinaria se celebró el día 31 de mayo con la presencia de todo el capital social y que la junta extraordinaria se celebró a continuación sin la presencia del hoy solicitante, que se ausentó. Que no ha existido por tanto ninguna omisión del deber de convocatoria. 2.º Que en cuanto al requerimiento de presencia de notario, ni la sociedad ni el administrador fueron requeridos al efecto. 3.º Que acordada la disolución de la sociedad no se han depositado las cuentas correspondientes al ejercicio 2016 por no considerarse necesario.

III

El registrador mercantil de Barcelona núm. 16, don Francisco Javier del Valle García dictó resolución en fecha 8 de septiembre de 2017 por la que acordó desestimar la solicitud del socio habida cuenta de que no resulta del expediente que se haya procedido al requerimiento notarial en los términos exigidos en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Don….., por escrito de fecha 17 de octubre de 2017, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «Que de los artículos 202 y 203 del Reglamento Notarial resulta cuando debe entenderse realizada una notificación. Que resultando de la actuación del notario contenida en el acta notarial de requerimiento tanto su contenido como la fecha, procede la convocatoria de la junta».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los 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, 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. Convocada junta general ordinaria y extraordinaria de una sociedad de capital, uno de los socios requiere a la administración mediante burofax, a fin de que se requiera la presencia de notario en la junta. Celebradas las juntas, se acuerda tanto la aprobación de las cuentas sociales correspondientes al ejercicio 2016 como la disolución de la sociedad con cese de la persona del administrador y nombramiento de la persona del liquidador.

Con posterioridad a la celebración de la junta, a la que no acude notario alguno, el mismo socio requiere notarialmente a la administración en los siguientes términos: que no se ha requerido la presencia de notario por lo que es de aplicación la previsión del artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital; que recuerda a la administración su obligación de atender a las comunicaciones y correos que se le remitan; que se abstenga de paso alguno en relación a la liquidación de la sociedad hasta que se convoque junta extraordinaria.

2. 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 puedan afectar a las partes interesadas y que resultan de 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.

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 com-

pete 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 los acuerdos adoptados en las juntas celebradas 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. En consecuencia, esta resolución se limita a establecer si concurren o no los requisitos legalmente previstos para que proceda la convocatoria de junta por parte del registrador mercantil a instancia de parte legitimada.

Dispone el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital: «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».

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 han puesto de manifiesto las resoluciones de 9 de marzo, 1 y 25 de abril de 2016, de los preceptos transcritos resulta que dos son los requisitos que deben ponerse de manifiesto en el expediente registral: que la convocatoria sea solicitada, con un orden del día, por un socio de la sociedad que reúna el mínimo de capital a que se refiere el artículo 168, y que el órgano de administración no haya atendido la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada mediante requerimiento notarial.

4. En el expediente que da lugar a la presente resulta que el único requerimiento notarial dirigido a la administración social no reúne los requisitos que se derivan de la regulación expuesta. Como resulta del acta notarial de fecha 2 de junio de 2017, el solicitante se dirige a la administración de la

sociedad en los términos que resultan de la presente y expuestos más arriba, sin que de la misma resulte ni la solicitud de convocatoria de junta general ni la expresión de los asuntos que han de constituir el orden del día. El requerimiento, ciertamente, insta al liquidador nombrado en la junta general ya celebrada a abstenerse de actuar hasta que haya una convocatoria de junta general, pero ni ello implica una solicitud de convocatoria ni viene acompañada de orden del día, requisitos ambos ineludibles como quedó expresado.

Procede en consecuencia la desestimación del recurso sin necesidad de entrar a analizar las consecuencias que haya de tener el hecho de que la carta certificada cursada por el notario a instancia del solicitante no haya sido entregada en el domicilio señalado. A los efectos del objeto de este expediente, dicha circunstancia no es relevante pues, como ha quedado expresado, no constituyendo el requerimiento notarial cursado aquél a que se refieren los artículos 168 y 169 de la Ley de Sociedades de Capital, no procede declarar la procedencia de la convocatoria de junta general.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona núm. 16, don Francisco Javier del Valle García de fecha 8 de septiembre de 2017.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 1 de diciembre de 2017.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.