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

2.1 Nombramiento de auditores y expertos independientes

Resolución de 8 de enero de 2018

En el expediente 187/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Monte Plano, S.A.»

HECHOS

I

Don …. presentó un escrito de fecha 27 de julio de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Navarra, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Monte Plano S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta de interés para este expediente, lo siguiente:

a) Que la junta general de la sociedad fue convocada para celebrarse el día 30 de junio de 2017 incluyendo en el orden del día la propuesta de aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016 así como de aplicación del resultado. Del acta notarial de la junta resulta que el ahora solicitante entregó al notario un documento, y su representante en la junta lo resumió verbalmente, del cual resulta la afirmación de que la convocatoria de junta está viciada de nulidad al no haberse incluido el complemento de convocatoria por él solicitada y que se había entregado en plazo a la sociedad. Consta que por parte de la sociedad se afirma que no se recibió la notificación en el plazo establecido en el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital.

b) De la misma acta notarial de la junta celebrada el día 30 de junio de 2017, a la que asistió el instante debidamente representado, resulta que la propuesta de que la aplicación del resultado correspondiente al ejercicio 2016 se destinase a compensación de resultados negativos de ejercicios anteriores fue aprobada por la junta general con el voto en contra de quien ahora solicita la designación de experto. De la misma acta notarial de la junta resulta que el ahora solicitante entregó al notario un documento, y su representante en la junta lo resumió, del cual resulta en relación a este punto del orden del día que no existe razón alguna para retener el beneficio del ejercicio ni razón para que no se reparta como dividendo. Que además a su juicio el importe del beneficio debería ser superior sin que deba tenerse en cuenta determinada operación contable que lo ha disminuido en su importe.

c) Que el ahora instante notificó a la sociedad el ejercicio del derecho de separación mediante acta notarial.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el socio actúa con manifiesta mala fe y falta de veracidad. Que es falso que no se haya alcanzado acuerdo alguno pues desde la notificación de ejercicio del derecho de separación no ha realizado comunicación alguna. 2.º Que omite el socio que con anterioridad a la anterior notificación, había recibido burofax del consejo de administración en el que se ponía en su conocimiento que habiendo apreciado la causa de nulidad de la junta de socios del día 30 de junio por falta de publicación del complemento de convocatoria, se había acordado la convocatoria de nueva junta de accionistas contemplando en el primer punto del orden del día la ratificación de la causa de nulidad de la convocatoria de la junta de 30 de junio. Que haciendo un resumen de lo acaecido, el socio solicitó complemento de convocatoria a la junta a celebrar el día 30 de junio lo que se notificó por solicitud que se recibió el día 5 de junio, fuera del plazo establecido en el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital lo que provocó su desestimación si bien con posterioridad, el socio denunció la nulidad de la convocatoria por cuanto el envío por correo electrónico de la solicitud de complemento de convocatoria se recibió el día 2 de junio, es decir, dentro del plazo establecido. Esta denuncia fue reiterada por el representante del socio en la junta de 30 de junio. Constatado lo anterior por la sociedad, el asesor jurídico informó de la concurrencia de causa de nulidad y aconsejó su remoción conforme al artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital mediante la convocatoria de una nueva junta que incluyera lo solicitado por el socio, como efectivamente se ha llevado a cabo y con repetición del orden día de la anterior, incluida la propuesta de distribución, lo que acredita que no existe intento alguno de privar de sus derechos al socio solicitante. Que el requirente actúa de forma contraria a sus propios actos por cuanto primero provoca la nulidad de la junta y luego, haciendo un ejercicio abusivo, pretende hacer valer un derecho de separación. Que el Tribunal Supremo ha afirmado en su sentencia de 24 de noviembre de 2016 que la junta celebrada sin que se haya llevado a cabo la publicación del complemento de convocatoria es nula de pleno derecho. Que la sociedad no puede comportarse como si la junta fuese válida sin asumir una grave responsabilidad. Que por ello se ha acordado la convocatoria de una nueva junta cuyos anuncios ya han sido publicados. Se acompaña abundante documentación de respaldo.

III

El registrador mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Martín dictó resolución en fecha 16 de agosto 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 acciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil, al considerar que la junta celebrada el día 30 de junio estaba viciada de nulidad por los motivos expuestos por la sociedad y por haberse convocado nueva junta para el día 8 de septiembre de 2017.

IV

Don …., por escrito de fecha 15 de septiembre de 2017, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Navarra, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los, resumidamente, siguientes argumentos: 1.º Que desde la fecha de notificación de su ejercicio de derecho de separación, la sociedad ha actuado con mala fe al pretender repetir una junta general sin otra finalidad que perjudicar sus intereses; que los acuerdos de la sociedad de 30 de junio de 2017 están bajo la salvaguarda judicial careciendo la sociedad de competencia alguna para unilateralmente declarar su nulidad; que el único legitimado para impugnar la junta es el mismo a lo que ha renunciado formalmente; que la nueva junta de 8 de septiembre de 2017 era ilegal e improcedente pues sólo pretende perjudicar su derecho de separación. 2.º Que el procedimiento seguido por el registrador mercantil no ha sido el adecuado pues ha seguido el correspondiente a la designación de auditores y no el de nombramiento de expertos en el que no es preciso notificar a la sociedad. Que ha sido la disposición final cuarta de la Ley 22/2015, de auditoría de cuentas la que modificó en este sentido el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital sustituyendo el término auditor por el de experto independiente. Que de lo anterior resulta que no se debió notificar a la sociedad y que el escrito de oposición presentado fue del todo improcedente. 3.º Que es cierto que con carácter previo a la junta de 30 de junio de 2017 y en la misma, denunció la falta de inclusión de la solicitud de complemento de convocatoria y que se reservó el ejercicio de acciones pero que, celebrada la junta, no ha hecho uso de la acción de impugnación sino que ha renunciado a la misma y en ejecución de los acuerdos ha ejercitado su derecho de separación por lo que ni la junta ni el registrador puede declarar la nulidad de la junta por estar esta y sus acuerdos bajo la protección de los Tribunales. Que una interpretación correcta del artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital (con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2012), conlleva el reconocimiento de que el complemento de convocatoria es un derecho que protege los intereses del socio que lo ejercita por lo que solo él puede activar la sanción de nulidad. Que por tanto el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital sólo protege, en el caso presente, su interés particular. Que la reforma llevada a cabo por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre conlleva que los acuerdos contrarios a la Ley sólo puedan ser impugnados por los legitimados a ellos. Que igualmente el artículo 519 de la propia Ley ya no habla de causa de nulidad sino de causa de impugnación, por lo que una interpretación sistemática lleva a concluir que el artículo 172 concede una facultad al accionista que vea su derecho al complemento vulnerado, a impugnar el acuerdo social. Que así lo entiende la doctrina más autorizada (con cita). Que, en conclusión, la única consecuencia de la vulneración de su derecho al complemento de convocatoria es su derecho exclusivo a la impugnación de los acuerdos aprobados en dicha junta e instar su nulidad, derecho que no sólo no ha ejercido, sino que ha renunciado al mismo como se manifestó a la sociedad en su notificación y se corroboró al presentar la solicitud de designación de experto y se volvió a reiterar en nueva

notificación a la sociedad. 4.º Que la sociedad ha actuado dando por válidos los acuerdos del día 30 de junio de 2017. Que en un primer momento denegó el ejercicio del derecho a solicitar el complemento de convocatoria alegando su extemporaneidad. Que con posterioridad a la presentación de su escrito de oposición, procedió a la inscripción de reelección de los auditores como al depósito de las cuentas anuales en base a los acuerdos del día 30 de junio. Que por tanto la sociedad, así como el registrador que inscribió, consideraron válidos los acuerdos adoptados por lo que su posición resulta del todo incoherente. Que la sociedad no puede ir contra sus propios actos. 5.º Que debiendo considerarse válidos los acuerdos adoptados el día 30 de junio sólo el orden jurisdiccional puede decidir sobre su nulidad sin que la propia sociedad o el registrador puedan decidir al respecto. Que de conformidad con la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2016 el acuerdo de la sociedad de fecha 8 de septiembre de 2017 por el que se aprueba la nulidad de los adoptados el día 30 de junio, no puede en modo alguno afectar a su derecho de separación. Que en base a los anteriores razonamientos solicita del registrador mercantil la rectificación de su resolución o la elevación a la Dirección General del recurso correspondiente. Se acompaña documentación de respaldo.

V

El registrador mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Martín dictó resolución en fecha 28 de septiembre de 2017 por la que acordó: resolver que la tramitación del expediente había sido correcta dado que existiendo dos partes involucradas era preciso respetar el trámite de oposición de la sociedad y, revocar su propia resolución al no poder considerar como nula la junta celebrada el día 30 de junio de 2017 al haber renunciado el socio solicitante al ejercicio de la acción y no existir declaración de nulidad por los tribunales. Afirma igualmente que las cuentas de la sociedad están depositadas por lo que la apreciación de nulidad de los acuerdos de la junta de 30 de junio de 2017 implicaría la nulidad del depósito. Finalmente, afirma que el expediente derivado del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital consiste en determinar si existen las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho de separación lo que en el supuesto de hecho concurre, por lo que revoca su resolución anterior en el sentido de que procede la designación de experto.

VI

Don …., en representación de la sociedad Monte Plano S.A., presento escrito de impugnación fechado el día 23 de octubre de 2017 y con entrada en el Registro Mercantil de Navarra el día siguiente, en el que se alza contra la anterior resolución en base a los siguientes argumentos: 1.º Que el debate sobre la validez o no de la junta general de fecha 30 de junio de 2017 es un debate artificial. La sociedad no discute el derecho del socio a instar la posible nulidad de dicha junta tal y como lo exigió antes y durante su celebración. La cuestión sobre si la junta fue o no válida corresponderá decidirlo, en su caso, al juzgado de lo mercantil correspondiente debiéndose sostener mientras tanto que la junta es válida de acuerdo con el principio general de conservación de los negocios jurídicos. Lo relevante ahora es el debate sobre si la sociedad, al amparo del artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital podía o no sustituir los acuerdos viciados por una posible causa de nulidad por otros adoptados válidamente. En este sentido la sociedad ha vuelto a convocar a la junta general en términos idénticos a la convocatoria anterior salvo en dos puntos: la solicitud a la junta de que ratifique el acuerdo del consejo de que concurría causa de nulidad de la anterior junta y el contenido del complemento de convocatoria que en su día solicitó el

socio. Por tanto, no es que la junta aprobase la nulidad de la anterior de 30 de junio, sino que aprobó sustituir unos acuerdos afectados por posible causa de nulidad por otros idénticos, pero libres de vicio alguno. La sociedad ha ejercitado la facultad prevista en el artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital para proporcionar seguridad jurídica ante la eventual concurrencia de causa de nulidad. Que la denuncia del socio de la nulidad de la junta tanto antes como durante la misma es una evidencia innegable si bien ahora, yendo contra sus propios actos, desea evitar sus efectos. Aunque anuncie su renuncia al ejercicio de la acción de impugnación, no por ello pierde validez la segunda convocatoria ni pierde su objeto cuyos acuerdos son plenamente válidos y eficaces. Cosa distinta es que el propio socio no haya ejercitado en relación con estos acuerdos de la segunda convocatoria, por motivos que solo a él le incumben, el derecho de separación habida cuenta de que ambos acuerdos son absolutamente idénticos lo que confirma que no existe maniobra alguna en contra del socio. En consecuencia, no habiendo ejercitado el socio su derecho de separación en relación a los acuerdos adoptados el día 8 de septiembre por la junta general no procede su reconocimiento. 2.º Que la resolución del registrador afirma que el solicitante propuso en la reunión de 30 de junio de 2017 el reparto de dividendo, pero de la simple lectura de la misma resulta que el solicitante en absoluto propuso y voto a favor de dicho reparto por lo que no concurrieron los requisitos legales para el válido ejercicio de su derecho. Que el letrado que representó al socio en la junta de 30 de junio de 2017 limitó su intervención a realizar una manifestación en doble sentido: que se cuestionaba la contabilización del ejercicio 2016 así como el importe del resultado y, en segundo lugar, manifestó el interés de su representado en que se procediera al reparto de dividendo de lo que el estimaba era el beneficio del ejercicio, propuesta que no fue aprobada. El representante no promovió una propuesta de reparto sin que la mera existencia de un acuerdo de la junta por el que se acuerda el no reparto de dividendo sea suficiente, aunque vote en contra el socio que pretende separarse. El artículo 348 bis exige como condición la carga de votar a favor de una propuesta de distribución de un dividendo mínimo, condición que no se ha cumplido. Esta actitud fue repetida por el representante del socio en la reunión de 8 de septiembre en la que ni siquiera hizo pretensión de obtener reparto de dividendo. Que ante la solicitud de otro socio de que se repartiese beneficio el representante del solicitante se abstuvo lo que acredita que la única motivación del socio es separarse de la sociedad y no obtener la distribución de un beneficio mínimo. Que la sociedad no se opone al mismo, a pesar de que por su objeto inmobiliario no le conviene por ahora, pero el socio no ha demandado dicho reparto.

Junto al escrito de recurso se acompaña copia del acta notarial de la junta celebrada el día 8 de septiembre de 2017. De la diligencia de presencia resulta que el hoy solicitante se encuentra representado por letrado el cual manifiesta ante la junta la improcedencia de su celebración, que su presencia obedece a la defensa de sus intereses sin que pueda utilizarse para defender su válida celebración. A continuación, y tras diversas intervenciones, la junta acuerda por mayoría ratificar la concurrencia de causa de nulidad de la reunión de 30 de junio. En relación al tercer punto del orden del día, y a propuesta de un socio, se vota sobre la distribución de un tercio del beneficio obtenido, propuesta que es rechazada por mayoría con la abstención del representante del solicitante. Finalmente se aprueba la propuesta de destinar el resultado a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores con el voto en contra del hoy solicitante.

VII

Por escrito de 24 de noviembre de 2017, don …. presenta escrito ante el Registro Mercantil de Navarra que lo eleva a esta Dirección. Del escrito de alegaciones resulta que el instante solicita: que se le remita en calidad de interesado el recurso interpuesto por la

representación de la sociedad conforme al artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; que se le dé trámite de audiencia conforme al mismo artículo 118.2; que se revoque la suspensión de la resolución de 28 de septiembre de 2017 del registrador mercantil de Navarra por no ser competencia del registrado su adopción y por el perjuicio irreparable a sus intereses conforme al artículo 117 de la propia Ley de procedimiento.

VIII

Por escrito de 29 de diciembre de 2017, don …. presenta nuevo escrito ante el Registro Mercantil de Navarra, que lo eleva ante esta Dirección General, en el que expresa, resumidamente, lo siguiente: 1.º Que la sociedad convoca la junta de 8 de septiembre de 2017 con el único motivo de impedir la impugnación de la de 30 de junio. Que como ya indicó, la única persona para impugnar dicha junta es él mismo y cuando ejercitó su derecho de separación el día 20 de julio de 2017 ya había suficiente evidencia para la sociedad de que daba por buenos los acuerdos de 30 de junio de 2017 por lo que no existía incertidumbre jurídica alguna que justificase una nueva convocatoria, resultando indudable que la sociedad era consciente de que el ejercicio del derecho de separación implicaba la aceptación de los acuerdos de 30 de junio de 2017. Que en realidad, la única intención de la sociedad era dejar sin efecto dicho derecho para lo que se llevó a cabo la nueva convocatoria por lo que antes de su celebración, dejó claro a la sociedad su renuncia al ejercicio de la acción de impugnación de la de 30 de junio. Que prueba de que la sociedad dio por buena dicha junta es que presentó a depósito las cuentas anuales, así como solicitó la inscripción del nombramiento de auditor. Que no es cierto que la sociedad pretendiese sustituir los acuerdos de fecha 30 de junio por otros pues como resulta de la convocatoria de la junta de 8 de septiembre en su primer punto del orden del día se afirma que su objeto es la ratificación, si procede, de la concurrencia de causa de nulidad de la junta celebrada el día 30 de junio de 2017. Que aunque así no fuera y de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2006, los nuevos acuerdos no podrían tener efectos ex tunc por lo que no podrían afectar a su derecho. 2.º Que es inadmisible que la sociedad afirme que no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital al decir que no se produjo el voto del solicitante a favor del reparto de beneficios. Que resulta indudable que en la junta de 30 de junio de 2017 manifestó su voluntad de que el resultado del ejercicio se destinase a dividendos por lo que, si bien por razones ajenas a su voluntad, su propuesta no se sometió a votación, votó en contra de la propuesta de no reparto de beneficio. Que como resulta de distintas resoluciones judiciales, que especifica, así como de la doctrina más autorizada con ello se cumplieron los requisitos para la existencia del derecho de separación. 3.º Que no procede la suspensión de la resolución del registrador mercantil de fecha 28 de septiembre de 2017 por cuanto de conformidad con el artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la interposición del recurso no acarrea dicho efecto. Que en cualquier caso dicha suspensión correspondería a la propia Dirección General de los Registros y del Notariado de conformidad con el mismo precepto. Que de no hacerse así se produciría un grave perjuicio a sus intereses porque cuanto más tarde inicie el experto sus trabajos más difícil será determinar el valor razonable, puesto que la situación patrimonial de la sociedad habrá variado de forma significativa a la fecha de emisión del informe. Que a contrario para la sociedad no existe riesgo de perjuicio alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 (dos resoluciones), 4, 11, 22 (dos resoluciones), y 28 de diciembre de 2017.

1. Constituye el objeto de la presente dilucidar si procede la designación de experto a fin de determinar el valor razonable de las acciones del solicitante quien afirma haber ejercitado el derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad se opone en los términos que resultan de los hechos.

Es de especial importancia para la presente poner de manifiesto que la convocatoria de la junta general celebrada el día 30 de junio de 2017 se llevó a cabo sin tener en cuenta el suplemento de convocatoria que el socio había reclamado en ejercicio del derecho que reconoce el artículo 172.1 de la Ley de Sociedades de Capital, hecho este, incontestado tanto por la sociedad como por el solicitante.

2. Las numerosas alegaciones que llevan a cabo las partes y que se refieren tanto a cuestiones de procedimiento como al fondo del asunto exigen llevar a cabo un pronunciamiento expreso sobre lo que constituye el objeto del expediente administrativo de designación de experto independiente cuya regulación se encuentra en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Con carácter expreso establece el artículo 363.1: «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», refiriéndose los preceptos a que se remite a la solicitud de designación de auditor por parte del registrador mercantil.

Como esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones *(vide* resoluciones en materia de auditores de fechas 15 de julio y 19 de octubre de 2015, entre otras muchas), el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. La competencia de esta Administración viene limitada por tal obje-

tivo 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 (artículo 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).

En consecuencia, no procede que esta Dirección se pronuncie sobre la totalidad de las cuestiones que plantean las partes, que en sus respectivos escritos se comportan como si se encontrasen ante un procedimiento jurisdiccional. Establecida la advertencia anterior, y en la medida que las alegaciones de las partes encajen en lo que constituye el objeto de la presente, esta Dirección llevará a cabo su labor en los términos previstos en el ordenamiento *(vide* artículo 119.2 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

6. Entrando en las cuestiones formales, resulta evidente que el procedimiento se ha llevado de conformidad con las previsiones de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, tal y como ordena el transcrito artículo 363, y que el trámite de audiencia a la sociedad previsto en el artículo 354 del propio reglamento es de absoluta pertinencia habida cuenta del innegable interés que tiene en las resultas del procedimiento *(vide* artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital). No pueden confundirse aquellos supuestos en los que, por no existir intereses contrapuestos, resulta innecesaria la audiencia a otra parte distinta del propio solicitante *(vide* artículos 67, 265.1, 301 y 303 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 18, 34, 49.2, 52.2 y 78 de la Ley 3/ 2009, de 3 de abril de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles), de aquellos otros supuestos en los que la existencia de tales intereses hace forzosa la audiencia a la otra parte so pena de nulidad del expediente *(vide* artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en relación con los artículos 128.3, 169, 265.2, 346, 348 bis y 350 de la Ley de Sociedades de Capital).

7. Por lo que se refiere a las distintas solicitudes que lleva a cabo el solicitante en su escrito final es preciso tener en cuenta que el procedimiento se ha iniciado a su instancia, que ha aportado los documentos que ha tenido por conveniente y que la sencillez del procedimiento facilita su seguimiento. En consecuencia y dado que esta Dirección ya le ha dado traslado del recurso de la otra parte interesada no procede sino dictar la presente sin que quepa otro trámite de audiencia distinto de las repetidas actuaciones en las que la parte ha alegado lo que ha convenido a sus intereses.

No procede pronunciamiento sobre la solicitud de levantamiento de la suspensión de la designación del experto independiente. Como resulta del artículo 354.4 del Reglamento del Registro Mercantil: «Transcurrido el plazo de oposición sin haberse planteado esta o, en otro caso, firme la resolución del

Registrador, procederá éste al nombramiento solicitado.» Es la presente resolución la que pone fin a la vía administrativa y a partir de la que deberá ejecutarse su contenido (artículo 114.1.a de la Ley 39/2015, de 1 octubre). Téngase en cuenta que la especialidad del procedimiento de designación de experto para la determinación del valor razonable de acciones o participaciones reside en la producción de efectos civiles en la esfera de la sociedad y en los derechos del socio *(vide* artículos 354 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital), de donde resulta perfectamente coherente la solución del Reglamento del Registro Mercantil de no hacer efectiva la resolución del registrador hasta que devenga firme en vía administrativa. Es precisamente la especialidad del procedimiento en este punto, al desenvolver efectos civiles, una de sus principales características frente al general regulado en la Ley 39/2017. La situación del socio que solicita la designación del experto no se ve perjudicada pues los breves plazos contemplados en el reglamento aseguran la satisfacción de su interés, de verse apreciado en vía administrativa, en un tiempo razonable sin que por ello deban comprometerse los derechos de la otra parte interesada. El hecho de que el presente expediente se haya alargado mucho más allá de los plazos ordinarios *(vide* artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil), obedece precisamente al hecho de que las partes, en uso de su derecho, han presentado cuantos escritos han tenido por conveniente. De la situación anterior no cabe apreciar daño alguno a la parte solicitante pues en cualquier caso su eventual derecho de liquidación ex artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital, vendrá referido al momento de ejercicio del derecho de separación, por lo que las alteraciones que pudieran producirse en el patrimonio social carecerían de efecto sobre su determinación.

8. Debe analizarse a continuación la viabilidad de apreciar en esta vía administrativa la situación de hecho a fin de determinar la validez del acuerdo en que se fundamenta el ejercicio del derecho de separación. Tanto el solicitante como la sociedad realizan su análisis de la situación ya para afirmar la validez de los acuerdos adoptados en fecha 30 de junio de 2017 como para afirmar lo contrario con todos los matices que resultan de los hechos. Para proporcionar una respuesta conforme a Derecho es preciso profundizar en la naturaleza del procedimiento registral de designación de experto independiente.

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 (artículo 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 (artículo 353 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (artículos 169 y 171), ya para reducir el capital social (artículos 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 (artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 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 imbricación en el orden 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, 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.

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 (artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil), y sin perjuicio del régimen de recursos previsto en el ordenamiento.

De la doctrina expuesta resulta que el registrador tiene atribuida competencia, a los efectos de la resolución del procedimiento administrativo, de determinar si el acuerdo en que se fundamenta el derecho de separación es o no conforme a Derecho. El ejercicio de dicha competencia no implica ni declaración de situaciones jurídicas ni atribución de derechos fuera del ámbito estrictamente registral pues se limita a determinar si, por la concurrencia de los requisitos legales, existe o no derecho de separación que justifique la designación de experto independiente.

Cualquier otra pretensión de las partes como las consecuencias que puedan tener los actos de las partes involucradas, la apreciación de mala fe o de actos contrarios a la propia conducta, la apreciación de cual haya sido intención de los actos de las partes o cualquier otra excede de la competencia del registrador mercantil y de esta Dirección en alzada. Como ha quedado expuesto dichas pretensiones pueden hacerlas valer las partes en el procedimiento jurisdiccional oportuno, pero no dentro del procedimiento administrativo que, una vez más, limita su alcance a la determinación de la concurrencia de los requisitos legalmente exigibles.

Como consecuencia, esta Dirección no llevará a cabo pronunciamiento alguno sobre la conducta de las partes ni sobre el alcance de la misma ni sobre las consecuencias que pueda tener en la vida social, al tratarse de cuestiones que exceden de su competencia. Tampoco procede que esta Dirección se pronuncie sobre la legitimación para el ejercicio de acciones civiles o sobre las consecuencias de la inacción de un interesado por tratarse de cuestiones cuya apreciación corresponde a los Tribunales de Justicia.

9. Por lo que se refiere al fondo del asunto, 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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 353).

10. 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 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.

11. 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 decla-

rado 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.

12. Llegados a este punto resulta patente que no puede reconocerse el ejercicio del derecho de separación y su consecuencia, la designación del experto solicitado, al fundamentarse en un acuerdo nulo de pleno derecho. De los hechos expuestos en el expediente resulta con absoluta claridad que la convocatoria de la junta celebrada en fecha 30 de junio de 2017, 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.

Como pone de relieve la resolución de esta Dirección de fecha 18 de abril de 2012 (dictada en recurso contra la calificación de un registrador mercantil), es criterio reiterado que el registrador Mercantil debe calificar todos los extremos concernientes a la celebración de una junta general que redunden en la validez de la misma. Así ocurre, a modo de ejemplo, con los requisitos de la convocatoria (Resolución 9 de febrero de 2012), persona legitimada para convocarla (Resoluciones de 11 de marzo y 6 de abril de 1999 y 24 de enero de 2001), cómputo del plazo de celebración (Resoluciones de 10 de julio y 6 de noviembre de 1995, 15 de julio de 1998 y 9 y 10 de febrero de 1999) lugar de celebración (Resoluciones de 1 de diciembre de 1994, 18 de febrero de 1998 y 2 de octubre de 2003), quórum de asistencia (Resoluciones de 2 de febrero 1957 y 19 mayo de 2006), representación de los asistentes (Resoluciones de 7 de febrero 1996 y 5 de marzo 1997), validez de los acuerdos (Resoluciones de 7 de febrero 1996 y 5 de marzo 1997), representación de los asistentes (Resoluciones de 7 de febrero de 1996 y 5 de marzo de 1997) y aprobación del acta (Resoluciones de 30 de septiembre de 2000 y 10 de octubre de 2005). Si como consecuencia del incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos la convocatoria de la junta o los acuerdos en ella alcanzados resultaran viciados de nulidad el registrador está obligado a rechazar la inscripción solicitada.

Ciñéndonos a los requisitos de convocatoria, y como afirma la resolución de 6 de febrero de 2015 (en sede de recurso contra un registrador mercantil), la validez de los acuerdos que puede adoptar la junta general dentro del ámbito de sus competencias está condicionada no sólo a que lo hayan sido por la mayoría legal o estatutariamente exigible, sino, como requisito previo, a la válida constitución de la propia junta, lo que exige su previa convocatoria *(cfr.* artículo 174 de la Ley de Sociedades de Capital) incluyendo el orden del día, salvo que se trate de junta universal, en cuyo caso es necesaria la aceptación unánime, no sólo en relación con la celebración de la junta, sino respecto de los temas a tratar en ella *(cfr.* artículo 178.1). Esta exigencia cumple la doble finalidad de brindar a los socios un cabal conocimiento de los asuntos sobre los que son llamados a pronunciarse, permitiéndoles informarse y reflexionar sobre el sentido de su voto, así como decidir sobre la conveniencia de asistir o no a la reunión, y garantizarles, por otra parte, que no podrá tomarse ninguna decisión sobre asuntos acerca de los cuales no se preveía deliberar ni adoptar acuerdo alguno.

Por lo que al complemento de convocatoria en sociedades anónimas se refiere, la Ley de Sociedades de Capital se pronuncia en su artículo 172.2 con absoluta claridad, al punto de que no deja espacio a la interpretación, cuando afirma: «La falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la junta.»

La contundencia del precepto no deja lugar a duda alguna como confirma la sentencia 693/2016 de 24 noviembre, citada por la propia sociedad hoy recurrente, de nuestro Tribunal Supremo: «La consecuencia legal de no aten-

der a la publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado es sancionado por el párrafo segundo del art. 172.2LCS con la nulidad de la junta.»

La indubitada declaración legal y su confirmación jurisprudencial conlleva necesariamente que deban considerarse nulos, a los efectos del expediente, los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad en fecha 30 de junio de 2017 y, en consecuencia, que no existe sustento legal para el ejercicio del derecho de separación.

Cualquier otra consideración cae fuera del ámbito de este expediente y de la competencia de esta Dirección General como ha quedado expuesto por extenso. La valoración que haya de darse al hecho de que el solicitante haya reconocido el defecto de convocatoria o el hecho de que igualmente lo haya reconocido la sociedad, la legitimación para el ejercicio de las acciones derivadas de la nulidad de la convocatoria, las consecuencias que puedan derivarse de la inacción del socio solicitante o de los escritos que ha remitido a la sociedad, los hechos que a juicio de las partes contradicen el reconocimiento del defecto de convocatoria y cualquier otra que pueda invocarse, deben ventilarse en el procedimiento judicial correspondiente por no corresponder a esta Dirección General pronunciarse al respecto.

Tampoco desvirtúa la conclusión anterior el hecho de que el registrador mercantil haya llevado a cabo la inscripción de acuerdos adoptados en dicha junta (reelección de auditores), o que haya llevado a cabo el depósito de las cuentas del ejercicio 2016 igualmente aprobadas en la citada junta. Dichos asientos se encuentran bajo la salvaguarda judicial (artículo 20 del Código de Comercio), sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad en que haya podido incurrir el registrador, y sin que la práctica de dichos asientos convalide los actos nulos, de conformidad con lo previsto en el artículo 20.2 del Código de Comercio.

Ninguna de dichas circunstancias desenfoca lo que constituye en este expediente la cuestión esencial: que la convocatoria llevada a cabo para la celebración de la junta de fecha 30 de junio de 2017 infringió la previsión del artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital y que por ella incurrió en causa de nulidad deviniendo nulos los acuerdos en ella adoptados. 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.

13. Tampoco desvirtúa la situación expuesta el hecho de que el órgano de administración de la sociedad haya convocado nueva junta con el fin de subsanar el defecto de convocatoria de la anterior. 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 (artículo 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 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.

Tiene razón el socio cuando afirma que los acuerdos alcanzados en la reunión de 8 de septiembre de 2017 como consecuencia de la nueva convocatoria realizada por el órgano de administración no podrían perjudicarle. Lo que ocurre es que a los efectos de la presente dichos acuerdos resultan irrelevantes por cuanto lo esencial es que el ejercicio del derecho de separación se ha fundamentado en un acuerdo nulo de pleno derecho derivado de la nulidad de pleno derecho de la convocatoria llevada a cabo. Frente a esta situación, no hay cuestión sobre el alcance que puedan tener los acuerdos posteriormente alcanzados que en ningún caso afectan a los efectos de la nulidad de los acuerdos anteriormente adoptados.

14 La inexistencia de derecho de separación, por fundamentarse en un acuerdo nulo de pleno derecho, haría innecesario cualquier otro análisis posterior. No obstante, esta Dirección General considera oportuno hacer referencia a una cuestión planteada en el escrito de recurso por afectar a los requisitos de existencia del derecho de separación. De este modo no sólo se intenta dar respuesta a todas las cuestiones planteadas por las partes, respecto de las que esta Dirección tiene competencia, sino que también se cumple con la previsión del artículo 119 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Afirma el escrito de recurso que en la sesión del día 30 de junio de 2017, el socio instante no votó a favor del reparto de beneficios lo que excluye el derecho de separación. Sin perjuicio de que esta Dirección ya ha afirmado la inexistencia de tal derecho por la nulidad radical de la convocatoria y del

acuerdo subsiguiente, lo cierto es que no puede mantenerse la afirmación del escrito de recurso.

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 (artículos 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 (artículo 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.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente (y por lo que se refiere a la junta celebrada el día 30 de junio de 2017), resulta que el orden del día determinado por el órgano de administración se refería a la aplicación del resultado sin mayor precisión, que el socio presenta un documento en el que se hace constar la posibilidad de proceder al reparto de dividendo (lo que es ratificado por su representante en la reunión), y que la junta general vota a favor de la propuesta de aplicación del resultado a la compensación de pérdidas. Resulta indubitado que el socio ha manifestado su voluntad de que hubiese reparto de dividendo y que, con su voto en contra, la junta general ha adoptado un acuerdo de no reparto de beneficio alguno. En suma, y de conformidad con la doctrina contenida en la sentencia 81/2015 de 26 marzo, ya citada, de la Audiencia Provincial de Barcelona, las manifestaciones vertidas en la junta y el sentido del voto del socio ampararían el ejercicio de su derecho de separación de no haber mediado la causa de nulidad a la que reiteradamente se ha referido la presente resolución.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Martín de fecha 28 de septiembre de 2017, confirmando la anterior de fecha 16 de agosto de 2017 por la que declara la inexistencia del derecho de separación con desestimación de la solicitud de designación de experto independiente.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 enero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Navarra.

Resolución de 9 de enero de 2018

En el expediente 183/2017 sobre cierre de expediente de nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rainabat, S.L.»

HECHOS

I

Don …. presentó un escrito de fecha 24 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Navarra, 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 «Rainabat, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016.

El interesado acompañó a su solicitud certificación expedida por el Registro Mercantil de Navarra de fecha 16 de abril de 2014 de la que, entre otras cuestiones, resulta el cierre del folio de la sociedad por falta de depósito de cuentas anuales, siendo las últimas depositadas las correspondientes al ejercicio 2008. También resulta que la sociedad se constituyó ante el notario de Pamplona don Anastasio Herrero Casas el día 21 de septiembre de 2007 y que la inscripción primera en el Registro Mercantil se llevó a cabo en fecha 17 de octubre de 2007.

II

Que notificada la sociedad, y no constando oposición, el registrador mercantil de Navarra don Antonio Fernández Martín llevó a cabo la designación de sucesivos auditores que bien no recibieron la notificación bien no aceptaron la designación. Que el designado en cuarto lugar aceptó la designación en fecha 26 de junio de 2017.

III

Que el auditor designado don …., mediante escrito de fecha 11 de julio de 2017 se dirigió al Registro Mercantil de Navarra para poner en su conocimiento que no ha podido ponerse en contacto con la sociedad por ningún medio ni ha recibido documentación alguna de la misma por lo que se ve obligado a emitir un documento de imposibilidad de realizar la auditoría.

El registrador mercantil de Navarra, don Antonio Fernández Martín, por medio de resolución de fecha 28 de agosto de 2017 notifica al solicitante el cierre del expediente con expresa advertencia de que las cuentas correspondientes al ejercicio 2016 de la sociedad no podrán ser objeto de depósito si no van acompañadas del oportuno informe de auditoría.

IV

Don …., por escrito que tuvo entrada el 23 de octubre de 2017 en el Registro Mercantil de Navarra, solicita que no se proceda al cierre del expediente y se proceda a la designación

de un nuevo auditor en base a los siguientes argumentos: 1.º Que instó el procedimiento de designación de auditor con la esperanza de por este medio poder llegar a conocimiento de las cuentas de la sociedad que esta no le facilita de forma voluntaria (dudando incluso de que llegue a formularlas). 2.º Que el hecho de que el auditor no haya podido ponerse en contacto con la empresa no debe ser motivo de cierre pues de otro modo se potencia el incumplimiento de las empresas que nada tienen que temer por los mismos ni por los requerimientos que reciban.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 General no puede dar amparo a la solicitud del interesado por cuanto de los hechos resulta debidamente motivada la resolución del registrador mercantil de Navarra por la que pone fin al expediente de designación de auditor a instancia de la minoría.

Como resulta de los hechos la sociedad no ha contestado a la notificación prevista en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil ni a los intentos de comunicación llevados a cabo por el auditor designado (tras tres intentos fallidos de designación). Además, el folio registral de la sociedad se encuentra cerrado ante la falta de depósito de cuentas de conformidad con la previsión del artículo 282 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil.

Como resulta del artículo 5.2 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas, el ejercicio de la labor de auditoría constituye una obligación del auditor designado de la que no puede desvincularse sino por justa causa. Los dos únicos supuestos de justa causa a que se refiere el propio precepto hacen referencia a la existencia de amenazas que comprometan los deberes de imparcialidad e independencia y, como ocurre en el supuesto de hecho: «Imposibilidad absoluta de realizar el trabajo encomendado al auditor de cuentas o sociedad de auditoría por circunstancias no imputables a éstos.»

Por su parte, el artículo 7.2.b 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 dispone que: «A estos efectos, se considerará que existe imposibilidad absoluta para la realización del trabajo de auditoría: 1.º Cuando la entidad no haga entrega al auditor de cuentas de las cuentas anuales formuladas, objeto de examen, previo requerimiento escrito efectuado a tal efecto.»

Consecuentemente resultan del expediente debidamente acreditados los hechos que justifican que se haya producido su cierre en los términos que resultan del artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil.

2. No procede en consecuencia que se proceda por parte del registrador mercantil a la designación de nuevos auditores. Téngase en cuenta que tal y como resulta del expediente el registrador ha agotado, en beneficio del interesado, las posibilidades de nombramiento de auditor siendo el que provoca la presente el cuarto de las designaciones llevadas a cabo *(vide* el artículo 344.3 del Reglamento del Registro Mercantil, que sólo contempla un segundo nombramiento).

Por lo demás es preciso tener en cuenta que la designación de auditor en los supuestos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital constituye una garantía del ordenamiento en beneficio de la minoría que tiene por objeto que se lleven a cabo los trabajos de «verificar dichas cuentas a efectos 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.», conforme al artículo 4 de la Ley 22/2015, de 20 julio. Para la consecución de dicha finalidad la Ley establece el preciso deber de colaboración de la sociedad cuyas cuentas han de ser el objeto de informe. Así lo dispone el artículo 6 de la propia Ley cuando afirma: «Las entidades auditadas estarán obligadas a facilitar cuanta información fuera necesaria para realizar los trabajos de auditoría de cuentas; asimismo, quien o quienes realicen dichos trabajos estarán obligados a requerir cuanta información precisen para la emisión del informe de auditoría de cuentas.»

Ahora bien, el cumplimiento de dicha obligación depende de que el órgano de administración de la sociedad, en ejercicio de su deber de diligencia consagrado en el artículo 225 de la Ley de Sociedades de Capital colabore con el auditor proporcionándole la información precisa para el ejercicio de su labor. Como el propio interesado reconoce en su escrito el órgano de administración no le ha proporcionado voluntariamente las cuentas sociales, de cuya existencia incluso duda.

Si el órgano de administración incumple sus obligaciones de proporción de información, no sólo se producirán las negativas consecuencias que el ordenamiento tiene previsto para la falta de depósito de cuentas: cierre del folio social y calificación culpable del concurso (en su caso), sino que los administradores asumen una grave responsabilidad como resulta del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital para cuya reclamación ostenta la debida legitimación el socio solicitante. Pero dicha circunstancia escapa del ámbito de este procedimiento que ha agotado las posibilidades previstas para el mismo en el ordenamiento jurídico.

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 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, 9 de enero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Navarra.

Resolución de 16 de enero de 2018 (1.ª)

En el expediente 188/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Busaito Inspecciones, S.A.»

HECHOS

I

Don …. en representación de la sociedad Blanco Rojo Inversiones S.L. y de la sociedad Esboçoparalelo Projectos e Gestao S.A., presentó un escrito de fecha 26 de junio 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios sus representadas de «Busaito Inspecciones, S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del respectivo ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta:

a) Que la sociedad Busaito Inspecciones S.A. celebró junta general de accionistas el día 11 de mayo de 2017 para la aprobación de las cuentas del ejercicio 2016. Que en dicha junta, sus representadas, solicitaron el reparto de dividendos, solicitud que no fue aceptada.

De copia del acta, que se aporta, resulta que las cuentas anuales del ejercicio 2016 se aprueban con el voto en contra de las dos sociedades solicitantes. También resulta que ambas sociedades solicitan expresamente la distribución de beneficios a los accionistas, así como que dicha propuesta no es aprobada por la junta general, destinándose el resultado del ejercicio (ascendiente a 45.259,80 euros), a reserva legal.

b) Que dentro del plazo establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital las dos sociedades han ejercitado el derecho de separación lo que fue comunicado al presidente del Consejo de administración por burofax el día 25 de mayo de 2017, sin que hasta la fecha hayan recibido respuesta. Por dicho motivo reiteraron la notificación por otro burofax de fecha 5 de junio de 2017.

II

Trasladada la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad no se opuso a la pretensión del socio por lo que el registrador mercantil de Madrid don Francisco Javier Llorente Vara resolvió, en fecha 12 de septiembre de 2017, la procedencia de la designación del experto solicitada.

III

Don …., como presidente del consejo de administración de la sociedad, por escrito de fecha 22 de septiembre de 2017, que tuvo entrada el día 16 de octubre inmediato posterior en el Registro Mercantil de Madrid, manifiesta: Que el día 19 de septiembre había recibido la petición de información del auditor designado por el registrador mercantil. Que formula su oposición por falta del requisito fáctico de que la sociedad hay tenido beneficios al haber tenido pérdidas por importe de 49.689,90 euros. Que antes de la celebración de la junta general a celebrar el día 11 de mayo de 2017, los socios solicitantes habían demandado del registrador mercantil de Madrid, la designación de un auditor de cuentas, expediente 128/2017. Que si bien es cierto que las cuentas anuales habían arrojado un beneficio, tras la realización de la auditoría resultaron pérdidas por el importe citado. Que así resulta del balance de situación de las cuentas reformuladas que se acompaña. Que la sociedad tuvo conocimiento de la necesidad de auditoría en junio de 2017, que el consejo de administración reformuló las cuentas en su reunión de 20 de julio de 2017 y convocó junta para el día 18 de septiembre del mismo año que las aprobó y acordó aplicar el resultado a resultados negativos. Que las sociedades solicitantes ni comparecieron en la junta ni solicitaron las cuentas reformuladas. Que en definitiva no existe legitimación para ejercer el derecho de separación a la vista de la inexistencia de beneficios, por lo que solicita se deje sin efecto la resolución del registrador mercantil de designación de experto independiente.

IV

Solicitada por esta Dirección General información complementaria en fecha 26 de diciembre de 2017, el registrador mercantil, por escrito de 8 de enero de 2018, acompaña la siguiente documentación: 1.º Resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 19 don Mariano Álvarez Gómez de fecha 13 de junio de 2017 por la que designa auditor de conformidad con el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Certificación de los acuerdos de la junta general de la sociedad adoptados en su reunión de fecha 18 de septiembre de 2017 por los que se acuerda la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 acompañadas del informe de verificación, así como la aprobación del resultado negativo por importe de 49.889,90 euros a resultados negativos. Del informe resulta que el depósito de las cuentas anuales se lleva a cabo en fecha 23 de noviembre de 2017 siendo presentadas el día 11 de octubre del mismo año. 3.º Informe de verificación de fecha 26 de julio de 2017, llevado a cabo por el auditor designado don …. en relación a las cuentas anuales del ejercicio 2016 correspondientes a la sociedad Busaito Inspecciones S.A. del que resulta que las cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de la sociedad y que en las cuentas formuladas con fecha 31 de marzo de 2017 y aprobadas en fecha l1 de mayo de 2017 han sido detectados errores que conforme al principio de prudencia y al artículo 38 del Código de Comercio, al afectar de forma significativa a la imagen fiel de las cuentas anuales, han sido reformuladas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 272, 279, 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, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017.

1. Son hechos determinantes para la resolución de este expediente los siguientes:

a) En fecha 21 de febrero de 2017 los socios de la sociedad Busaito Inspecciones S.A., las sociedades Blanco Rojo Inversiones S.L. y Esboçoparalelo Projectos e Gestao S.A. iniciaron procedimiento de designación de auditor a instancia de la minoría de conformidad con la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

b) La sociedad celebra junta general, en fecha 11 de mayo de 2017, en la que se aprueban las cuentas anuales y la aplicación del resultado correspondientes al ejercicio 2016. Los socios Blanco Rojo Inversiones S.L. y de la sociedad Esboçoparalelo Projectos e Gestao S.A., votan en contra de la propuesta de la convocatoria de destinar a reservas el beneficio obtenido tras haber propuesto, sin éxito, que el beneficio se destinase al reparto de beneficios.

c) En fecha 25 de mayo de 2017 notifican por burofax el ejercicio del derecho de separación de conformidad con la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

d) En fecha 13 de junio de 2017 recae la resolución del registrador mercantil en el expediente de designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

e) El día 29 de junio de 2017, los socios ponen en conocimiento del Registro Mercantil de Madrid el ejercicio de su derecho de separación y solicitan el nombramiento de experto independiente resolviendo el registrador en sentido positivo el día 12 de septiembre de 2017.

f) En fecha 26 de julio de 2017 se firma el informe de auditoría realizado como consecuencia del nombramiento llevado a cabo por el registrador mercantil n.º 19 de Madrid en fecha 13 de junio de 2017. Del informe resulta que las cuentas han sido reformuladas, que resultan determinadas pérdidas del ejercicio y que responden a la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de la sociedad.

g) En fecha 18 de septiembre se reúne la junta general de la sociedad y aprueba las reformuladas cuentas anuales del ejercicio 2016 así como la aplicación de resultado negativo a pérdidas. Las cuentas son presentadas a depósito en el Registro Mercantil en fecha 11 de octubre de 2017 llevándose a cabo en fecha 23 de noviembre de 2017.

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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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 accionis-

tas 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.

3. Enlazando con esta última afirmación, resulta patente que no puede reconocerse el ejercicio del derecho de separación y su consecuencia, la designación del experto solicitado, al fundamentarse en un acuerdo nulo de pleno derecho.

Como pone de relieve la resolución de esta Dirección de fecha 18 de abril de 2012 (dictada en recurso contra la calificación de un registrador mercantil), es criterio reiterado que el registrador Mercantil debe calificar todos los extremos concernientes a la celebración de una junta general que redunden en la validez de la misma. Así ocurre, a modo de ejemplo, con los requisitos de la convocatoria (Resolución 9 de febrero de 2012), persona legitimada para convocarla (Resoluciones de 11 de marzo y 6 de abril de 1999 y 24 de enero de 2001), cómputo del plazo de celebración (Resoluciones de 10 de julio y 6 de noviembre de 1995, 15 de julio de 1998 y 9 y 10 de febrero de 1999) lugar de celebración (Resoluciones de 1 de diciembre de 1994, 18 de febrero de 1998 y 2 de octubre de 2003), quórum de asistencia (Resoluciones de 2 de febrero 1957 y 19 mayo de 2006), representación de los asistentes (Resoluciones de 7 de febrero 1996 y 5 de marzo 1997), validez de los acuerdos (Resoluciones de 7 de febrero 1996 y 5 de marzo 1997), y aprobación del acta (Resoluciones de 30 de septiembre de 2000 y 10 de octubre de 2005). Si como consecuencia del incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos la convocatoria de la junta o los acuerdos en ella alcanzados resultaran viciados de nulidad el registrador está obligado a rechazar la inscripción solicitada.

Ciñéndonos a los requisitos de convocatoria, y como afirma la resolución de 6 de febrero de 2015 (en sede de recurso contra un registrador mercantil), la validez de los acuerdos que puede adoptar la junta general dentro del ámbito de sus competencias está condicionada no sólo a que lo hayan sido por la mayoría legal o estatutariamente exigible, sino, como requisito previo, a la válida constitución de la propia junta, lo que exige su previa convocatoria *(cfr.* artículo 174 de la Ley de Sociedades de Capital) incluyendo el orden del día, salvo que se trate de junta universal, en cuyo caso es necesaria la aceptación unánime, no sólo en relación con la celebración de la junta, sino respecto de los temas a tratar en ella *(cfr.* artículo 178.1). Esta exigencia cumple la doble finalidad de brindar a los socios un cabal conocimiento de los asuntos sobre los que son llamados a pronunciarse, permitiéndoles informarse y reflexionar sobre el sentido de su voto, así como decidir sobre la conveniencia de asistir o no a la reunión, y garantizarles, por otra parte, que no podrá tomarse ninguna decisión sobre asuntos acerca de los cuales no se preveía deliberar ni adoptar acuerdo alguno.

Como resulta inequívocamente de los hechos expuestos, al tiempo de convocarse la junta general que se celebró el día 11 de mayo de 2017 y que da lugar a este expediente, existía presentada en el Registro Mercantil de Madrid

una solicitud de designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, sin que hasta el día 13 de junio posterior recayese resolución estimatoria del registrador mercantil. La presentación de la solicitud supone la apertura del expediente a que se refieren los artículos 350 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil cuya resolución puede determinar la obligatoriedad para la sociedad de llevar a cabo la verificación de sus cuentas anuales. En este supuesto y desde un punto de vista sustantivo, la obligatoriedad de verificar las cuentas implica que la junta que haya de decidir sobre su aplicación debe convocarse incluyendo la previsión del artículo 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital que dice así: «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.»

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.

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. 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 (artículo 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 (artículo 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 aprobación de las cuentas y el subsiguiente depósito, 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.

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, 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 aclaraciones 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 una 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])».

4. En nada modifican las conclusiones anteriores el hecho de que al tiempo de la celebración de la junta de socios no hubiese todavía recaído la resolución del registrador mercantil estimando la solicitud de los socios minoritarios y, en consecuencia, determinando la obligatoriedad de la verificación de las cuentas anuales, circunstancia que no se produjo hasta el día 13 de junio de 2017.

Como ha reiterado este Centro Directivo *(vid.* Resoluciones de 6 de noviembre de 2009 y 12 de noviembre de 2012 en sede de recurso contra la calificación del registrador sobre depósito de cuentas), ante una situación de indeterminación sobre la obligación de exigir el informe de auditor, el registrador Mercantil debe esperar a la resolución del expediente de solicitud de designación para poder calificar el depósito de las cuentas anuales instado por la sociedad. Hasta ese momento no se podrá determinar la situación registral y, en consecuencia, la procedencia o no de la exigencia de acompañar el informe de verificación a la solicitud de depósito de las cuentas (artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital).

Si la decisión del registrador Mercantil sobre la procedencia del nombramiento de auditor 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 el depósito de cuentas deberá demorarse hasta que quede resuelta en vía administrativa.

Si esta Dirección General resuelve la improcedencia del nombramiento con revocación de la decisión del registrador, éste podrá llevar a cabo la calificación sobre la procedencia del depósito de cuentas solicitado sin acompañamiento de informe de verificación desde que sea debidamente notificado.

Por el contrario si esta Dirección General confirma la decisión del registrador Mercantil sobre la procedencia del nombramiento de auditor, una vez recibida la notificación de la resolución y practicados los asientos a que se refiere el artículo 358.2 del Reglamento del Registro Mercantil, incluida la inscripción en la hoja abierta a la sociedad, el registrador podrá emitir su calificación de conformidad con el contenido del Registro rechazando el depósito si la solicitud no viene acompañada del informe de verificación por el auditor designado. Y todo ello sin perjuicio de que el interesado ejercite las acciones que le correspondan en los términos previstos en el artículo 328 de la Ley Hipotecaria (de conformidad con la previsión de la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que establece: «La regulación prevista en el sección 5.ª del capítulo IX bis del Título V para los recursos contra la calificación del registrador de la Propiedad es también aplicable a los recursos contra la calificación del Registrador Mercantil y del de Bienes Muebles»).

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).

5. Las afirmaciones anteriores son plenamente aplicables a la situación que se ha producido en el supuesto de hecho. Al tiempo de solicitarse la designación de experto para la determinación del valor razonable de las acciones de los socios (29 de junio de 2017), se tramitaba en el Registro Mercantil la solicitud de los mismos socios de designación de auditor (expediente iniciado el día 21 de febrero de 2017), habiendo recaído resolución estimatoria en fecha 13 de junio de 2017. Así, y hasta el momento en que alcanzase firmeza dicha resolución (artículos 114 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), existía la incertidumbre de si como consecuencia de esta última la sociedad se encontraría en situación de obligada a la verificación de sus cuentas correspondientes al ejercicio 2016 con las consecuencias que se han expuesto. De aquí que el procedimiento de designación de experto para la determinación del valor razonable de las acciones debiera haberse suspendido hasta dicho momento, momento en el que quedaría despejada la incertidumbre sobre la obligatoriedad de la verificación de las cuentas anuales y momento en el que podría determinarse si la convocatoria y celebración de la junta llevada a cabo el día 11 de mayo de 2017, lo habían sido conforme a derecho.

En definitiva, resultando de los hechos expuestos que el acuerdo relativo a la aplicación del resultado del ejercicio 2016 en que se fundamenta el ejercicio del derecho de separación resulta ser nulo de pleno derecho por nulidad de

la convocatoria de la junta general, resulta ineludible afirmar la inexistencia del derecho de separación y la improcedencia de designar experto independiente para la determinación del valor razonable de las acciones.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid don Francisco Javier Llorente Vara de fecha 12 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, 16 de enero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 16 de enero de 2018 (2.ª)

En el expediente 190/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de socias de «Casas Crosas, S.L.»

HECHOS

I

Doña …. y doña …. presentaron un escrito de fecha 7 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 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 una de más del 5% del capital social de «Casas Crosas, 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 en la junta general celebrada el día 16 de junio de 2016 se adoptó el acuerdo de designar auditor en la persona de Acaudit Auditores S.L., acompañándose acta autorizada por el notario de El Masnou don

Francesc Torrent i Cufi, el día 10 de junio de 2016, en cuya diligencia del día 15 de junio de 2016 se da cuenta de la junta general.

Por el Registro Mercantil de Barcelona se requirió a la sociedad a fin de que justificara la aceptación del auditor designado, lo que fue cumplimentado mediante escrito de fecha 19 de abril de 2017.

Por el Registro Mercantil de Barcelona se requirió a la sociedad a fin de que o bien procediera a la inscripción de la designación de auditor o bien aportara el contrato de auditoría, así como el informe correspondiente al ejercicio 2016, requerimiento que fue reiterado con posterioridad ante la falta de contestación.

III

El registrador mercantil de Barcelona n.º 17, don Fernando de la Puente de Alfaro dictó resolución en fecha 20 de septiembre de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado. La notificación no se llevó a cabo hasta el día 9 de noviembre de 2017.

IV

Don …, como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 28 de noviembre 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, resumidamente, a los siguientes argumentos: «Que acompaña la documentación relativa al encargo de auditoría, así como a su aceptación con las firmas debidamente legitimadas. Que igualmente acompaña el informe de auditoría llevado a cabo por la empresa encargada.» Acompaña a su escrito de recurso informe de auditoría de fecha 2 de octubre de 2017 debidamente firmado por don …. por Acaudit Auditores S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 General, de forma reiteradísima (resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo, 17 de junio de 2014 y 14 de mayo y 27 de julio de 2015 entre otras muchas), 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 al escrito de recurso el informe de verificación de cuentas de la sociedad referido al ejercicio respecto del que ejercieron su derecho las solicitantes. 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 (artículo 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 Barcelona n.º 17, don Fernando de la Puente de Alfaro 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 Admi-

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

Madrid, 16 de enero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 22 de enero de 2018

En el expediente 191/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Hostelería dos, S.L.»

HECHOS

I

Don …., actuando en representación de don …., presentó un escrito de fecha 18 de septiembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Hostelería dos, 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 día 19 de julio de 2017 la sociedad celebró junta general para, entre otros puntos, someter a voto la aprobación de las cuentas del ejercicio 2016 y la aplicación del resultado. Que en el desarrollo del punto del orden del día relativo a la aplicación del resultado, solicitó el reparto del beneficio en cuanto a un tercio en forma de dividendo, lo que no fue aprobado por la sociedad que aprobó la aplicación del beneficio a reservas. Acompaña copia del acta notarial autorizada el día 19 de julio de 2017 por el notario de Castellón don José Vicente Malo Concepción.

b) Que notificó a la sociedad dentro del plazo legal y por medio de burofax de fecha 28 de julio de 2017 el ejercicio del derecho de separación quien contestó mediante otro burofax de fecha 28 de agosto de 2017. De este último documento resulta que la sociedad.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Falta de legitimación del representante del socio por insuficiencia del poder presentado. 2.º Que la sociedad notificó por burofax de fecha 28 de agosto al socio instándole a reconsiderar su posición. Que en ningún momento se ha hablado de

valoración de las participaciones ni de quien debería llevarlo a cabo por lo que no se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital

III

Ratificada personalmente por el solicitante la actuación llevada a cabo por su representante, el registrador mercantil de Castellón de la Plana n.º 1, don Manuel Gomis Segarra dictó resolución en fecha 26 de octubre 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 presidenta del consejo de administración y consejera delegada, por escrito de fecha 23 de noviembre de 2017, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: «1.º Que como ya constara en el burofax de 28 de agosto de 2017, el reparto del beneficio no se produjo por su escasa cuantía y porque los beneficios no procedían de la explotación del objeto social. Que con posterioridad a dicha notificación, la sociedad no ha tenido contacto con el socio ni su representante sobre la posible valoración de sus participaciones ni sobre la persona que debería llevarlo a cabo por lo que no se dan los presupuestos que el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital establece para llevar a cabo la solicitud ante el registrador mercantil. 2.º Que la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Murcia de 18 de mayo entendió que no procedía la designación de experto si, como en el caso presente, se cuestionan si concurren o no los requisitos legales para la separación. Que no existiendo falta de acuerdo en la valoración de las participaciones, el registrador debería haber suspendido o denegado la solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017.

1. Ejercitado por un socio el derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad

entiende que no procede la designación del experto a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital por el carácter escaso del dividendo a repartir y por no tratarse de un beneficio de explotación. Además, no procede la designación al no resultar el presupuesto básico contemplado en el precepto como es la falta de acuerdo sobre la valoración de las participaciones o sobre la persona que ha de llevarlo a cabo. Por este motivo, y en aplicación de la doctrina de la sentencia del Juzgado de lo mercantil n.º 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017, debe denegarse la solicitud o, al menos, suspenderse.

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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de

Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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. El escrito de recurso plantea una cuestión que debe ser resuelta en primer lugar porque de apreciarse el motivo, haría innecesario un pronunciamiento sobre el resto de cuestiones planteadas. El motivo se refiere a que no existiendo acuerdo sobre la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 353 para que proceda la designación del experto, es preceptivo un previo pronunciamiento jurisprudencial al respecto. Esta Dirección no puede compartir semejante afirmación.

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 (artículo 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 (artículo 353 de la

propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (artículos 169 y 171), ya para reducir el capital social (artículos 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 (artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 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 imbricación en el orden 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, 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.

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 (artículo 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).

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 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 n.º 1 de Sevilla de la que resulta la conclusión contraria.

6. Entrando en las cuestiones de fondo, el escrito de recurso alude a la baja cuantía del dividendo a repartir y al carácter ajeno a la explotación del beneficio obtenido.

Del contenido del acta notarial de junta de fecha 19 de julio de 2017 y, específicamente, del contenido relativo al segundo punto del orden del día relativo a la aplicación del resultado, consta que el beneficio ascendía a la cantidad de 159.397, 20 euros. Con independencia de lo incorrecta que supone la afirmación del escrito de recurso al estimar que el ejercicio del derecho de separación depende, no de la falta de aplicación del resultado al reparto del beneficio en los términos establecidos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, sino de la falta de reparto al socio disidente de la parte proporcional que le correspondería, lo cierto es que tal cuestión es completamente irrelevante a los efectos de la presente. Como resulta del precepto citado lo realmente trascendente es que la junta general no haya acordado el reparto en forma de dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social cualquiera que haya sido su cuantía. La sociedad excluye del cómputo los ingresos financieros obtenidos en el ejercicio que ascienden, según la cuenta de pérdidas y ganancias de las cuentas anuales, a la cantidad 102.480,14 euros deducción hecha de los gastos de la misma naturaleza, lo cual nos lleva a la valoración de la afirmación del escrito de recurso sobre los beneficios ajenos a la explotación del objeto social.

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 (sección15.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 sustan-

cialmente 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.

Esta es la situación que se presenta en el expediente objeto de esta resolución. La sociedad se limita a afirmar que la mayor parte del beneficio no procede de la explotación del objeto social, pero ni es conforme a derecho la exclusión de los beneficios financieros (como ha quedado expuesto), ni la sociedad ha justificado debidamente la falta de concurrencia de los requisitos derivados del artículo 348 bis para el ejercicio del derecho de separación. Bien al contrario, la sociedad ha reconocido explícitamente que la sociedad ha obtenido beneficios limitándose a afirmar que la mayor parte de los mismos proceden de resultados financieros. En definitiva, existiendo beneficios de explotación del objeto social concurre el requisito establecido en el reiterado precepto limitándose la sociedad a afirmar, sin aportar justificación alguna, que del mismo deben excluirse los beneficios financieros de la sociedad producidos durante el ejercicio.

7. La sociedad alega que no habiendo existido discusión entre las partes sobre la valoración de las participaciones del socio o sobre la persona que haya de llevar a cabo la valoración, no se dan los presupuestos para que el registrador mercantil designe experto de conformidad con la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. El argumento es insostenible.

Como ha quedado debidamente expuesto, el ejercicio del derecho de separación depende exclusivamente de la voluntad del socio una vez que concu-

rran los requisitos legalmente establecidos. Ejercitado el derecho y con el fin de determinar el crédito de separación (artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital), la Ley proporciona al socio la posibilidad de que acuda al registrador mercantil a fin de que designe experto independiente si no llega a un acuerdo con la sociedad.

Si las partes llegan a un acuerdo se satisfará el crédito de separación autorizándose la oportuna escritura de transmisión de participaciones sociales o de reducción de capital, previo pago de la cantidad acordada conforme a la previsión de los artículos 349, 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital.

Si no existe acuerdo y existe informe de experto independiente se procederá en la forma prevista en los artículos citados y en el artículo 356.2 para el caso de que sea precisa la consignación de la cantidad fijada por el experto.

El ordenamiento pues, contempla tanto la existencia de posible acuerdo entre las partes como su inexistencia, pero sin hacer depender el ejercicio de la facultad de solicitar designación de experto de requisito alguno. La mera presentación de la solicitud ante el registrador mercantil es prueba inequívoca de la voluntad del socio de que sea un experto independiente el que lleve a cabo la determinación del valor razonable. El ejercicio del derecho individual de separación suele ser la culminación de un periodo de conflicto entre el socio y la sociedad e incluso, cuando no es así, supone un evidente elemento de tensión entre las partes interesadas. Pretender que en esta situación la Ley imponga un periodo de conversaciones previas ni es conforme con su espíritu ni con su intención. Someter al socio que ejerce su derecho a un trámite no regulado en modo alguno, no lleva sino a la postergación del ejercicio de su derecho y a la sumisión a la voluntad de la sociedad que puede retrasar la satisfacción del socio sin causa que lo justifique. Quedaría así en manos de la sociedad el ejercicio de un derecho que el ordenamiento reconoce al socio sin que resulte para este, beneficio alguno.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Castellón de la Plana n.º 1, don Manuel Gomis Segarra de fecha 26 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, 22 de enero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Castellón.

Resolución de 26 de enero de 2018

En el expediente 192/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «E-Waste Canarias, S.L.»

HECHOS

I

Don …., actuando en representación de la compañía Innovación Proyectos Medioambientales S.L., presentó un escrito de fecha 25 de septiembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Tenerife, en el que tuvo su entrada el día 10 de octubre inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «E-Waste Canarias, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones de su representada como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, como pertinente para este expediente lo siguiente:

a) Que la sociedad E-Waste Canarias S.L. celebró junta general el día 28 de junio de 2017 en cuyo orden del día se incluía la aplicación del resultado del ejercicio 2016. Acompaña copia del acta de junta de fecha 27 de junio de 2017 autorizada por el notario de Adeje don Roberto J. Cutillas Morales en relación a la citada junta de la que, entre otras cuestiones no relevantes para la presente, resulta: Que en fecha 28 de junio de 2017 se reúne la junta general y se confecciona la lista de socios, entre los que se encuentra la sociedad Innovación Proyectos Medioambientales S.L., debidamente representada. El presidente declara válidamente constituida la junta. Que en relación al segundo punto del orden del día relativo a la aplicación del resultado y tras la afirmación del presidente de que por acuerdo del consejo de administración de 2015 se acordó no repartir dividendo hasta que la deuda financiera no resultase inferior a determinada cantidad, propone destinar el beneficio a reservas. La representación de Innovación Proyectos Medioambientales S.L., exige la distribución en forma de dividendo o, al menos, un tercio en aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y que, en caso contrario, anuncia el ejercicio del derecho de separación. Sometida la propuesta de aplicar el resultado a reservas, el representante de Innovación Proyectos Medioambientales S.L., vota en contra, aprobándose la propuesta.

b) Por acta de notificación, copia de la cual se acompaña, autorizada por el notario de Adeje don José Yeray Molinillo Suárez el día 21 de julio de 2017, el administrador único de Innovación Proyectos Medioambientales S.L., para que haga entrega a la administración de E-Waste Canarias S.L. de una carta en la que notifica el ejercicio de su derecho de separación en base al artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Por diligencia del mismo día 21 de julio de 2017, del notario autorizante, se hace constar la entrega de cédula de notificación.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitante omite el hecho fundamental de que la totalidad de sus participaciones están pignoradas a favor de otra sociedad lo que resulta

determinante para establecer si los derechos políticos sobre dichas participaciones los ostenta Innovación Proyectos Medioambientales S.L. o la sociedad acreedora. Que existe un litisconsorcio pasivo necesario pues puede existir un delito de alzamiento de bienes si Innovación Proyectos Medioambientales S.L. convierte sus participaciones en dinero lo que debe dar lugar al archivo del expediente. 2.º Que el ejercicio del derecho de separación es extemporáneo porque el plazo de un mes debe contarse desde la fecha de la celebración de la junta general. Que Innovación Proyectos Medioambientales S.L. no ha hecho uso de su derecho hasta el día 26 de septiembre de 2017 que es cuando presentó ante el Registro Mercantil de Tenerife la solicitud de designación de experto. Que el potencial derecho caducó el día 27 de julio habiéndose presentado la solicitud dos meses después de la caducidad del plazo. Que el requerimiento realizado por notario, que no es más que una reiteración de lo debatido en la junta de 27 de junio, no empece lo anterior y no ha interrumpido el plazo. Que como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 2006 el plazo se cuenta desde la aprobación del acta lo que ocurrió en el presente caso el mismo día de su celebración al contar con la presencia de notario. 3.º Que Innovación Proyectos Medioambientales S.L. reconoce el acuerdo del consejo de administración de 15 de septiembre de 2015 que acordó el no reparto de dividendo hasta que la deuda financiera cayera por debajo de determinada cifra por exigencia del Banco acreedor. Que ahora se intenta ir contra sus propios actos (con cita de jurisprudencia), situación que el ordenamiento no puede proteger por aplicación de la doctrina sobre los propios actos y de la buena fe. Que se adjunta certificado del pasivo financiero del que resulta que está por encima de la cifra acordada en su día. El derecho de separación se concede para evitar un abuso y no impide la libertad de los socios que pueden renunciar al mismo como se infiere de la Ley de Sociedades de Capital. Que los pactos adoptados de no reparto del dividendo no quedan afectados por la Ley si se tomaron por unanimidad de los socios y el socio que actúa en contra lo hace contra la buena fe y de la obligación de lealtad como resulta del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital. Que el ánimo de lucro tiene que estar orientado de determinada manera por lo que el reparto del beneficio a que se refiere el artículo 348 bis no puede ir en contra de la rentabilidad a largo plazo de la sociedad.

III

El registrador mercantil de Tenerife, don André Barettino Coloma dictó resolución en fecha 6 de noviembre de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición, así como 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 E-Waste Canarias S.L., por escrito de fecha 22 de noviembre de 2017, con sello de imposición de correos del día 29 de noviembre del mismo año y que tuvo entrada el día 4 de diciembre de 2017 en el Registro Mercantil de Tenerife, 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 si Innovación Proyectos Medioambientales S.L., notificó el día 21 de julio de 2017 y el plazo se cuenta desde entonces, habría caducado el día 21 de agosto siendo así que la solicitud se presentó el día 26 de septiembre de 2017. Que el computo del plazo de un mes debe hacerse desde la celebración de la junta general el día 28 de junio de 2017. Que lo contrario sería dejar al arbitrio del socio cuando ejercer su derecho. 2.º Que estando

las participaciones pignoradas a favor de una tercera sociedad, la continuación del procedimiento supone su nulidad de pleno derecho por la potencial indefensión que se le irroga. Que no se opone a ello que en la junta celebrada el día 28 de junio en que se reconoció a Innovación Proyectos Medioambientales S.L. la condición de socio al no contarle formalmente lo contrario. Que puesto que la prenda está íntimamente relacionada con el derecho de separación, pues los derechos políticos podrían no corresponder a Innovación Proyectos Medioambientales S.L., la acreedora prendaria debería haber sido llamada al procedimiento pues puede incluso darse el supuesto de que Innovación Proyectos Medioambientales S.L. ya no sea socio de W-Waste Canarias S.L. 3.º Que el solicitante está llevando a cabo un abuso de derecho por resultar su acción contraria a los propios actos de su socio único que acordó con el resto miembros del consejo de administración el no reparto de dividendos constando acreditado que el pasivo financiero excede de la cantidad fijada en su día. Que habiendo firmado dicho acuerdo el socio actúa de mala fe como ha reconocido el Tribunal Supremo y la propia Dirección General de los Registros y del Notariado. Que conceder lo solicitado iría en contra de la previsión del artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital en contra de la rentabilidad a largo plazo y del deber de lealtad del socio. Que el registrador no entra en dichas cuestiones cercenando sus atribuciones de examinar la legalidad de los documentos que se le presentan, incluido el posible abuso de derecho. Que la sociedad ha presentado querella criminal contra la persona física representante de Innovación Proyectos Medioambientales S.L. y su esposa por administración desleal, lo que supone una cuestión prejudicial penal que debe suspender la tramitación del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017.

1. Ejercitado por un socio de una sociedad el derecho de separación en base al artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y solicitada la designación de experto, la sociedad recurre la decisión del registrador mercantil en los términos que resultan de los hechos, alegando, en esencia, que el ejercicio del derecho de separación ha sido extemporáneo, que las participaciones del socio están pignoradas lo que impide conocer si el socio conserva sus derechos políticos, que su actuación va contra sus propios actos e implica un abuso de derecho y que, por estar presentada querella criminal contra el socio único de la sociedad solicitante y su esposa, existe prejudicialidad penal.

Ninguno de dichos motivos puede imponerse a la resolución que se impugna.

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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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 se opone al reconocimiento del derecho de separación porque, a su juicio, la solicitud de designación del experto ante el registrador mercantil se ha producido más allá del plazo de un mes de ejercicio que establece el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. El argumento es insostenible porque confunde reiteradamente el ejercicio del derecho de separación a que se refiere el precepto con la solicitud de designación de experto independiente para la determinación del valor razonable a que se refiere el artículo 353 de la propia Ley. Como resulta del número dos del artículo 348 bis: «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.». Como ha quedado expuesto el Tribunal Supremo (Sentencia núm. 32/2006 de 23 enero), tiene declarado que: «El derecho de separación … nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (artículo 54.3 LSRL), que no es necesaria cuando sea notarial (art. 55.1 y 2 de la misma Ley) y no requiere que la sociedad lo acepte…». Y más adelante que: «El derecho de separación, pues, implica una declaración recipticia, que en el caso se ha producido, según queda probado y reconocido. Tal declaración puede realizarse (artículo 97.1.II LSRL, [RCL 1995, 953] artículo 205.2 RRM [RCL 1996, 2112]) "en tanto no transcurra un mes contado desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación", ambas posibilidades a llevar a efecto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97.1.I.»

Resulta en consecuencia indubitado que el ejercicio del derecho de separación debe llevarse a cabo en el plazo de un mes desde la aprobación del acuerdo a que se refiere el artículo 348 bis o desde la aprobación del acta de la junta si se realiza con posterioridad, sin perjuicio, para los ausentes, de su posible ejercicio desde la publicación del acuerdo o desde la notificación a que se refieren los artículos 348 de la Ley de Sociedades de Capital y 205 del Reglamento del Registro Mercantil. No puede confundirse, como hace el recurso, el ejercicio del derecho de separación con la solicitud de designación de experto independiente, solicitud, que como resulta de la simple lectura del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital implica el previo ejercicio del derecho a que el mismo se refiere.

Así ha ocurrido en el supuesto de hecho, en el que el socio que ha ejercitado su derecho lo ha realizado mediante notificación notarial realizada a la sociedad dentro del mes siguiente a la adopción del acuerdo sobre aplicación del resultado.

6. El mismo destino desestimatorio merece el motivo relativo a la posible pignoración de las participaciones sociales del socio que ejerce su derecho de separación; circunstancia que, como reconoce el propio recurrente, no le consta fehacientemente ni ha acreditado en el expediente.

Del régimen legal contenido en el artículo 132 de la Ley de Sociedades de Capital resulta lo siguiente: «1. 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.»

De lo expuesto resulta con toda claridad que el ejercicio de los derechos inherente a la condición de socio corresponde a este último sin que exista razón alguna para excluir el ejercicio del derecho de separación como derivado del ejercicio del derecho de voto en los términos establecidos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. La única excepción que contempla el precepto es la previsión en contrario de los estatutos, circunstancia que no resulta del expediente y que el recurrente no ha acreditado.

Las alegaciones del escrito de recurso sobre eventuales o hipotéticos derechos del supuesto acreedor hipotecario sobre el crédito de separación o las eventuales responsabilidades que puedan derivarse quedan por completo al margen de este expediente. Si como consecuencia del ejercicio del derecho de separación surgieran responsabilidades exigibles derivadas de la relación de prenda o alguna de las partes implicadas entendiera que su situación jurídica no ha sido 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 el recurrente es que esta Dirección General asuma la defensa de la posición jurídica de una persona de la que ni existe razón en el expediente ni resulta motivo alguno para tenerla en cuenta en un procedimiento, como el presente, limitado tanto por su materia como por sus medios de conocimiento.

7. Procede confirmar la resolución del registrador mercantil en lo referente a la desestimación del motivo por el que la sociedad alega abuso de derecho, mala fe del socio y violación de un pacto de no distribución de beneficios. Ninguna de dichas circunstancias puede ser objeto de apreciación en el ámbito de este expediente.

Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente ni determinar las eventuales consecuencias jurídicas que puedan resultar de la violación de pactos en relación al reparto de dividendos. 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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente

que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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).

Lo único determinante en el ámbito de este procedimiento es que el solicitante ha acreditado debidamente el cumplimiento de los requisitos previstos en el ordenamiento para el ejercicio de su derecho. Cualquier otra cuestión debe resolverse en el ámbito previsto en el ordenamiento.

8. Esta Dirección no puede amparar la solicitud, contenida en el escrito de recurso, de suspensión del procedimiento por la interposición de una querella criminal contra quien firma la solicitud en representación de la sociedad instante.

Dispone el artículo 10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, lo siguiente: «1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca.»

Por su parte la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su artículo 40.2 los requisitos que, para la suspensión en los procedimientos de dicho orden, derivan de la existencia de una causa penal al establecer: «2. En el caso a que se refiere el apartado anterior, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurran las siguientes circunstancias: 1.ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil. 2.ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.»

Al amparo de dicha regulación es doctrina consolidada de esta Dirección General en materia de recursos sobre designación de auditores, (resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013, 31 de enero de 2014 y 25 de junio de 2015, entre las más recientes), que 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.

Dicha doctrina es plenamente coherente con la que el Tribunal Supremo tiene establecida en la materia *(vide* sentencia de 4 de abril de 2013), y de la que resulta la necesidad de que concurran los requisitos establecidos en el artículo 40.2 para que la existencia de un procedimiento penal justifique la suspensión de un procedimiento en el ámbito civil.

Nada de esto resulta del expediente en el que ni se ha justificado debidamente la existencia del procedimiento penal, ni que los hechos investigados fundamenten la pretensión de la sociedad solicitante, ni que la eventual decisión del Tribunal puede tener trascendencia a los efectos de la presente. Procede la desestimación del motivo y de la solicitud de suspensión.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Tenerife, don André Barettino Coloma de fecha 6 de noviembre 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 enero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Tenerife.

Resolución de 31 de enero de 2018 (1.ª)

En el expediente 2/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Pub Zuzen, S.L.»

HECHOS

I

Don …. presentó un escrito de fecha 16 de octubre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo de los artículos 265 y 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la entidad «Pub

Zuzen, S.L.», el nombramiento de un experto que determine el valor real de las participaciones sociales, así como la designación de un auditor de cuentas para la realización del informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016.

De la solicitud y documentación aportada resulta:

a) Que la sociedad celebró junta general el día 30 de junio de 2017 en cuyo orden del día, y sin perjuicio de otros puntos que no tienen interés para el presente expediente, constaba el examen y aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016 así como de la propuesta de aplicación del resultado. Sometida a aprobación la propuesta de aplicación del resultado la junta general acordó destinarlo a compensación de pérdidas de ejercicios anteriores.

b) Resulta del acta de la junta, que se ha aportado al expediente, que el socio ahora instante solicitó la aplicación de un tercio del beneficio a la distribución del dividendo, así como que, ante la votación en contrario, ejerció su derecho de separación solicitando poner en marcha el mecanismo para abandonar la sociedad.

II

Trasladada la solicitud a la sociedad, se opuso a la pretensión del socio alegando que ante la maltrecha situación económica de la sociedad y ante la decisión del socio de ejercer su derecho de separación, la sociedad convocó nueva junta que se celebró el día 1 de septiembre de 2017, sin la asistencia del socio ahora instante. Que en dicha junta se acordó el reparto de dividendo con cargo a reservas de lo que se informó a la representación letrada del socio. Que el importe que le corresponde de dividendo ha sido ingresado en su cuenta corriente tras practicar la oportuna retención fiscal.

III

El registrador mercantil de Guipúzcoa n.º 2, don Fernando Canals Brage dictó resolución en fecha 28 de noviembre de 2017, por la que acordó:

a) No haber lugar a la designación de auditor para la verificación de cuentas anuales al haber sido presentada la solicitud una vez finalizado el plazo de tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social que resulta del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

b) Inadmitir la oposición de la sociedad a la designación de experto independiente por concurrir los requisitos establecidos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital para ejercer el derecho de separación.

IV

Don …., como administrador solidario, por escrito de fecha 27 de diciembre de 2017, que tuvo entrada el mismo día, en el Registro Mercantil de Guipúzcoa, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo que con el pago del dividendo acordado en la junta general de 1 de septiembre de 2017 entienden satisfecho el interés del socio, no concurriendo los elementos fácticos necesarios para la aplicación 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 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y 8 y 16 de enero de 2018.

1. Instado por un socio de una sociedad de responsabilidad limitada tanto la designación de auditor de cuentas para la verificación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, así como la designación de un experto para la determinación del valor razonable de sus participaciones sociales como consecuencia del ejercicio del derecho de separación amparado por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador mercantil desestima la primera solicitud y estima la segunda.

Siendo esta última la única que es objeto del recurso, la desestimación de la solicitud de auditor para la verificación de cuentas anuales ha ganado firmeza, por lo que el objeto de este expediente se circunscribe a determinar si procede o no la confirmación de la resolución del registrador mercantil relativa a la procedencia de la designación de experto independiente.

La sociedad recurrente alega que celebrada junta con posterioridad al ejercicio del derecho de separación en la que se acordó la distribución de dividendo, el interés del socio ha quedado satisfecho sin que concurran los elementos fácticos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

2. El recurso no puede prosperar. Esta Dirección ha reiterado que *(vide* Vistos y 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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 353).

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 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.

3. En el expediente que da lugar a la presente resulta indubitado que el socio ha ejercido su derecho de separación, que lo ha notificado tempestivamente a la sociedad y que ha ejercido su facultad de solicitar la designación de experto independiente de conformidad con la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

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 (artículo 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. Procede pues, la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Guipúzcoa n.º 2, don Fernando Canals Brage de fecha 28 de noviembre 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 enero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Guipúzcoa.

Resolución de 31 de enero de 2018 (2.ª)

En el expediente 4/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Labec Pharma, S.L.».

HECHOS

I

Don …. presenta escrito de fecha 20 de diciembre de 2017 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 22 del mismo mes, en el que recurre la resolución del Registrador Mercantil de Madrid número XIII, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla de fecha 4 de diciembre de 2017 por la que se acuerda «dejar en suspenso el nombramiento de auditor durante el plazo de vigencia del asiento (Asiento 452 del Diario 2793), procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado si durante ese periodo no se inscribe el nombramiento aprobado por la sociedad, se aporta el correspondiente informe de auditoría al expediente o se acredita fehacientemente la entrega de dicho informe al solicitante».

II

Como antecedentes de hecho pertinentes a este expediente, y para su mejor comprensión, hay que tener en cuenta los que se enuncian a continuación a partir de este mismo antecedente II.

Así, con fecha 7 de febrero de 2017 se presenta escrito de solicitud de nombramiento de auditor voluntario para el ejercicio 2016 por don …. para la sociedad «Labec Pharma, S.L.».

III

La sociedad es notificada por medio de oficio de fecha 8 de febrero de 2017 del Registrador Mercantil de Madrid, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla.

IV

La sociedad formula oposición a la pretensión del mencionado socio mediante escrito presentado el 14 de febrero del mismo año suscrito por don …., administrador único de la mercantil.

En dicho escrito se opone al nombramiento del auditor alegando, en esencia:

1.º 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.

2.º 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.

V

Mediante resolución de fecha 22 de febrero de 2017, el Registrador Mercantil de Madrid XIII, don José María Méndez Castrillón Fontanilla, requiere a la mercantil 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.

VI

El anterior requerimiento es atendido por escrito del mencionado administrador único de fecha 7 de marzo de 2017, indicando que la aceptación de dicho nombramiento en la citada fecha consta en escrito con firma legitimada ante el Notario de Alicante, don Francisco Benítez Ortiz, sin que conste inscrito en el Registro Mercantil.

VII

El Registrador Mercantil de Madrid, don José María Méndez Castrillón Fontanilla, requiere de nuevo a la mercantil por resolución de 22 de febrero de 2017 para que acredite la fehaciencia de la fecha del nombramiento de auditor por parte de la sociedad, indicando que debe 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.

VIII

A la vista del requerimiento anterior, don Carlos Martínez-Almeida Morales, administrador único de la sociedad, contesta por escrito de fecha 7 de marzo de 2017 en términos similares a los contenidos en el anterior antecedente de hecho VI.

IX

El Registrador Mercantil de Madrid XIII, don José María Méndez Castrillón Fontanilla, reitera de nuevo el requerimiento por escrito de fecha 14 de marzo de 2017. Este requerimiento es atendido por el administrador único de la mercantil por escrito de 24 de marzo del mismo año, al que acompaña certificación emitida por él mismo 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.»

X

El registrador mercantil de Madrid XIII, don José María Méndez Castrillón, dictó resolución de 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 de la fecha del nombramiento tras distintos requerimientos, 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.

XI

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, 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.»

XII

La Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve tal expediente por resolución de fecha 5 de octubre de 2017 en la que acuerda:

«1. Se deja sin efecto la resolución del registrador mercantil de Madrid, don José María Méndez Castrillón Fontanilla, de fecha 3 de abril de 2017. 2. 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.».

XIII

Don José María Méndez Castrillón Fontanilla emite resolución de fecha 4 de diciembre de 2017, que es objeto del presente recurso, en la que en consideración a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado anteriormente reseñada, resuelve «dejar en suspenso el nombramiento de auditor durante el plazo de vigencia del asiento (Asiento 452 del Diario 2793), procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado si durante ese periodo no se inscribe el nombramiento aprobado por la sociedad, se aporta el correspondiente informe de auditoría al expediente o se acredita fehacientemente la entrega de dicho informe al solicitante.»

XIV

Don …. interpone recurso por escrito de fecha 20 de diciembre de 2017, que tuvo su entrada el día 22 de diciembre del mismo año en el Registro Mercantil de Madrid, por el que indica que «el administrador único, nombrado en Junta General Extraordinaria celebrada con la presencia del Notario de Madrid, don José María Pedraza, que levantó acta, que constituye acta de la sesión, en la que no figura en el orden del día dicho nombramiento, ni se emitió el preceptivo informe por el Órgano de Administración», añadiendo que «por tanto el administrador único de la sociedad carece facultades para poder nombrar Auditor de Cuentas de la Compañía, facultad reservada a la Junta General de Accionistas, que ha de celebrarse antes de finalizar el año cuyas cuentas anuales se pretende auditar». Concluye indicando que «procede pues el nombramiento de auditor y la calificación de la solicitud de nombramiento efectuado por el Administrador Único debe ser negativa.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 dere-

cho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

Como excepción a esta regla general, este Centro Directivo ha reconocido desde antiguo el hecho de que, dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea éste judicial, registral o voluntario, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

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

3. A la vista de lo anterior, y de la propia resolución de este Centro Directivo de fecha 5 de octubre de 2017, a que se refiere el antecedente de hecho XII, 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 de designación de 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. Así se manifestó de manera expresa este Centro Directivo en la Resolución de 5 de octubre de 2017 dictada en el seno de este expediente, *(vid.* antecedente de hecho XII).

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).

4. Esta es la situación que se produce en el supuesto de hecho objeto de la presente, en 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 con la doctrina expuesta más arriba.

Del expediente que obra en este Centro Directivo no resulta la firmeza de la situación registral, por cuanto presentada la solicitud de inscripción de auditor voluntario por la sociedad el día 13 de noviembre de 2017, causando el asiento de presentación 452 del Libro Diario 2793, número de entrada 1/2017/147.308, ha sido calificada como defectuosa el 29 de noviembre de 2017, encontrándose vigente. Por tanto, resulta la plena vigencia del asiento de presentación de aquélla, 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, resulta por tanto procedente la resolución del Registrador Mercantil recurrida de «dejar en suspenso el nombramiento de auditor durante el plazo de vigencia del asiento (Asiento 452 del Diario 2793), procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado si durante ese periodo no se inscribe el nombramiento aprobado por la sociedad, se aporta el correspondiente informe de auditoría al expediente o se acredita fehacientemente la entrega de dicho informe al solicitante».

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 4 de diciembre 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, 31 de enero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 1 de febrero de 2018

En el expediente 1/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Grupo Acuster, S.L.»

HECHOS

I

Doña …., como administradora única de la sociedad Gardaca FT S.L., presentó un escrito de fecha 9 de octubre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 10 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de la entidad «Grupo Acuster, S.L.», el nombramiento de un experto que determine el valor real de las participaciones sociales.

De la solicitud y documentación complementaria resulta:

a) Que la sociedad Grupo Acuster S.L. celebró junta general ordinaria el día 29 de junio de 2017 en cuyo orden del día, y entre otras cuestiones que no son de interés en el presente, constaba la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad cerradas en fecha 31 de diciembre de 2016, así como la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado del mismo ejercicio. Resulta de copia del acta de la junta que en el segundo punto del orden del día fue aprobada la propuesta de aplicación del resultado a reservas con el voto en contra del socio Guardaca FT S.L. quien se reservó el ejercicio del derecho de separación contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

b) De copia de burofax resulta que el socio Guardaca FT S.L. notificó, por medio de su representación jurídica, a la sociedad Grupo Acuster S.L., el ejercicio del derecho de separación de conformidad con la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, ofreciéndose a llegar a un acuerdo sobre la valoración de sus participaciones en la sociedad.

c) De copia de burofax que igualmente se aporta, resulta que la sociedad Grupo Acuster S.L. contestó a la anterior dando acuse de su recepción, ofreciéndose a llegar a un acuerdo sobre la propuesta del socio.

II

Trasladada la solicitud a la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que no existía objeción al ejercicio del derecho de separación ni al número de participaciones del socio pero que sin embargo no procedía la designación de experto al existir una negociación en marcha sobre la valoración de las participaciones e, incluso, un principio de acuerdo.

III

El registrador mercantil de Barcelona n.º 16, don Francisco Javier González del Valle García dictó resolución en fecha 21 de noviembre de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del experto solicitado.

IV

Don …., como administrador único de la sociedad Grupo Acuster S.L., por escrito de fecha 22 de diciembre 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, afirmando que las partes han alcanzado un acuerdo de valoración de las participaciones estando pendiente solamente la determinación de las garantías. Que del reconocimiento que la sociedad hace de la situación resulta que no existe abuso alguno y que no pueden aportarse documentos que acrediten la existencia del acuerdo porque el código deontológico del Colegio de Abogados impide aportar las comunicaciones realizadas entre los letrados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y 8 y 16 de enero de 2018.

1. Acordada por una sociedad de responsabilidad limitada la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio a reservas con el voto en contra de un socio, que solicita expresamente el reparto de dividendo, ejercita este su derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad no niega el ejercicio del derecho de sepa-

ración, pero alega que no procede la designación de experto al existir negociaciones entre las partes sobre el valor razonable de las participaciones del socio que se separa; incluso, afirma que existe ya un acuerdo sobre el valor que no se ha ejecutado por no estar determinadas ciertas garantías; no obstante, afirma que no puede aportar evidencia al respecto.

2. El recurso no puede prosperar. Esta Dirección ha reiterado que *(vide* Vistos y 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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 353).

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.

3. Siendo indubitado el derecho del socio a la separación y su ejercicio, resulta igualmente indubitado en este expediente que ha ejercitado su facultad de solicitar del registrador mercantil la designación del experto independiente a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Como ha quedado debidamente expuesto, el ejercicio del derecho de separación depende exclusivamente de la voluntad del socio una vez que concurran los requisitos legalmente establecidos. Ejercitado el derecho y con el fin de determinar el crédito de separación (artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital), la Ley proporciona al socio la posibilidad de que acuda al registrador mercantil a fin de que designe experto independiente si no llega a un acuerdo con la sociedad.

Si las partes llegan a un acuerdo se satisfará el crédito de separación autorizándose la oportuna escritura de transmisión de participaciones sociales o de reducción de capital, previo pago de la cantidad acordada conforme a la previsión de los artículos 349, 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital.

Si no existe acuerdo y existe informe de experto independiente se procederá en la forma prevista en los artículos citados y en el artículo 356.2 para el caso de que sea precisa la consignación de la cantidad fijada por el experto.

El ordenamiento pues, contempla tanto la existencia de posible acuerdo entre las partes como su inexistencia, pero sin hacer depender el ejercicio de la facultad de solicitar designación de experto de requisito alguno. La mera presentación de la solicitud ante el registrador mercantil es prueba inequívoca de la voluntad del socio de que sea un experto independiente el que lleve a cabo la determinación del valor razonable. El ejercicio del derecho individual de separación suele ser la culminación de un periodo de conflicto entre el socio y la sociedad e incluso, cuando no es así, supone un evidente elemento de tensión entre las partes interesadas. Pretender que en esta situación el procedimiento de designación de experto se detenga por la mera afirmación de parte, no lleva sino a la postergación del ejercicio del derecho del socio y a la sumisión a la voluntad de la sociedad que puede retrasar la satisfacción del socio sin causa que lo justifique. No resultando del expediente otra solicitud del socio que la de designación de experto y no resultando que haya acordado con la sociedad el valor de sus participaciones sociales, no procede sino la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona n.º 16, don Francisco Javier González del Valle García de fecha 21 de noviembre 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 febrero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 7 de febrero de 2018

En el expediente 3/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Industrial Galvanizadora, S.A.»

HECHOS

I

Don …., actuando en representación de la compañía Recubrimientos del Cinc S.L., de la compañía Rabaquet S.L., y de los señores don …., don …., doña ….don….presentó un escrito de fecha 4 de octubre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 6 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios sus representados de la sociedad «Industrial Galvanizadora, S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta:

a) Que el día 28 de junio de 2017 se celebró junta general de la sociedad Industrial Galvanizadora, S.A., a la que asistieron, debidamente representados los ahora solicitantes (titulares todos ellos de acciones de la serie B), junto con el resto de socios, constituyéndose con el 100% del capital social. Que en dicha junta el representante de los solicitantes y en relación a las cuentas del ejercicio 2016, solicitó la distribución de un dividendo de cien mil euros lo que fue rechazado por la presidencia. Resulta que se acordó por una mayoría del 63% y con el voto en contra de los ahora solicitantes, la aplicación del resultado del ejercicio a reservas voluntarias. El representante de los ahora solicitantes dejó constancia de la reserva de ejercicio del derecho de separación contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Se adjunta copia del acta notarial de junta autorizada por la notaria de Montornès del Valles doña María del Carmen Quero Illescas en fecha 28 de junio de 2017.

b) Los ahora solicitantes notificaron a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación mediante comunicación por burofax, copia de la cual se acompaña, de fecha 24 de julio de 2017, con sello de imposición de correos de la misma fecha.

c) Que en fecha 6 de septiembre de 2017 se reunió en junta universal la totalidad del capital social de Industrial Galvanizadora, S.A. incluidos los ahora solicitantes que lo hicieron en la misma representación que en la junta de fecha 28 de junio de 2017 y con el único punto del orden del día relativo al análisis de la situación creada por el ejercicio del derecho de separación. Resulta del acta de la junta, que se acompaña, que los socios representativos de las acciones serie A y C, acuerdan repartir un dividendo con cargo a reservas voluntarias equivalente a un tercio del beneficio obtenido en el ejercicio 2016, como consecuencia del ejercicio del derecho de separación que han llevado a cabo los accionistas titulares de las acciones de la serie B.

II

Tras la práctica de distintas diligencias y previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el artículo 348 bis exige, para el ejercicio del derecho de separación, que la junta general no haya acordado la distribución de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social. Que el beneficio obtenido en el ejercicio 2016 no es propio de la explotación del objeto social que está constituido por la actividad de galvanización. Que el beneficio obtenido se corresponde a la activación del I+D, beneficio puramente contable y no económico. Que de las cuentas anuales depositadas y correspondientes al ejercicio 2016,

resulta que dentro del epígrafe inmovilizado intangible se encuentra la partida I+D. Que de no existir dicha partida el resultado habría sido negativo. Que se trata de la activación de un gasto, que no supone un ingreso económico, que el beneficio real de la actividad galvanizadora es inexistente, que se trata de un diferimiento de gasto, un ingreso ficticio y que la sociedad no ha ganado dinero, sino que lo ha gastado. 2.º Que de conformidad con la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona 81/2015, de 26 de marzo hay que excluir los beneficios extraordinarios o atípicos por lo que debe quedar excluido de los beneficios a que se refiere el artículo 348 bis. 3.º Que el citado artículo fue ideado para evitar situaciones despóticas y abusivas de la mayoría frente a la minoría, situación que no se produce en absoluto como demuestra que en el ejercicio 2015 los socios que ejercen el derecho de separación votaran en contra de la distribución del beneficio. Que los socios que solicitan el nombramiento de experto se dedican a la misma actividad que la sociedad de la que son competencia directa lo que permite pensar que su intención es perjudicarla. Que la situación económica de la sociedad es de fuerte endeudamiento y que el beneficio del ejercicio 2016 es de escasa cuantía por lo que el ejercicio del derecho supondría un perjuicio desproporcionado. Que la junta general del día 6 de septiembre de 2017 acordó, para no poner en peligro a la sociedad, el reparto de un tercio del beneficio obtenido por lo que el perjuicio ha desaparecido. Que existe un deber de lealtad de los socios claramente exigible en una situación en la que el ejercicio de la separación es claramente perjudicial y contrario al interés social dado que el alto porcentaje de capital que representan (un 36,99%), pone en peligro la subsistencia y viabilidad de la sociedad.

III

El registrador mercantil de Barcelona n.º 15, don Jaime Sansa Torres dictó resolución en fecha 29 de noviembre 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 administrador único de Industrial Galvanizadora S.A., por escrito de fecha 27 de diciembre de 2017, que tuvo entrada el día 29 inmediato posterior 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, añadiendo: 1.º Que en relación a la partida I+D, si como consecuencia de su activación la sociedad ha obtenido beneficios pero no dispone de dinero líquido y debe endeudarse para pagar a sus accionistas, es algo contrario al interés social. Que si el proyecto de I+D no prosperase se trataría de una pérdida directa en la cuenta de explotación, pero teniendo que haber pagado dividendo a cuenta de dicha pérdida lo que es incoherente. 2.º Que la resolución del registrador no valora las circunstancias particulares del caso en contra del espíritu de la norma y del hecho de que no existe actuación abusiva alguna. 3.º Que la resolución del registrador mercantil afirma que en las cuentas de los ejercicios 2013, 2014 y 2015 ya se consignaron cantidades para I+D de donde resulta que no es algo extraordinario pero tal afirmación es incorrecta porque el objeto social no es la investigación científica o técnica, se trata en consecuencia de una partida ajena a la actividad típica de la empresa y el hecho de que se consigne durante varios ejercicios no excluye que se trate de un gasto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y 8 y 16 de enero de 2018.

1. Ejercitado el derecho de separación por un conjunto de socios de una sociedad anónima al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y reconocido su ejercicio por el registrador mercantil, la sociedad recurre en los términos que resultan de los hechos.

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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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. El primer motivo de recurso hace alusión a que el beneficio de la sociedad durante el ejercicio 2016 obedece exclusivamente a la inclusión de la partida I+D, de donde resulta que el beneficio ni es consecuencia de la explotación del objeto social, actividad de galvanización, ni es ordinario lo que excluye que concurra el requisito que al respecto establece el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

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 nuevamente aplicar *(vide* resoluciones en esta materia de fechas 16 y 28 de noviembre y de 11 de diciembre de 2018), 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.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente, la administración de la sociedad no acredita debidamente, y en los términos expuestos, que el beneficio correspondiente al ejercicio 2016 es ajeno a la actividad que constituye el objeto social, de una cuantía significativa y de carácter extraordinario.

Como resulta de la doctrina jurisprudencial expuesta no basta con que el resultado sea producto de lo que constituye la actividad típica o propia de la sociedad. Es preciso acreditar que no guarda relación con el desarrollo propio de dicha actividad, que se trata de un beneficio completamente ajeno a la actividad típica de la sociedad. No ocurre así en el supuesto de hecho, en el que la sociedad se limita a afirmar que la partida I+D no es propiamente un beneficio, que no supone el ingreso de efectivo y que de resultar fallida implicará una pérdida futura. Ninguna de dichas razones permite excluirla del concepto de beneficio propio de la explotación del objeto social. Contabilizándose como parte del resultado positivo del ejercicio, no se expresa motivo alguno que justifique su exclusión, resultando evidente que la actividad de I+D constituye una patente actividad actual de desarrollo del objeto social con independencia de cuál sea el resultado futuro y con independencia de si conlleva o no una efectiva contrapartida de dinero. Lo relevante es que se trata de una evidente actividad de desarrollo del objeto social.

Tampoco acredita la sociedad recurrente que la partida a que se refiere su impugnación sea de cuantía significativa en relación al beneficio total o su carácter extraordinario. Se limita a negar este último aspecto, a pesar de que reconoce su contabilización en diversos ejercicios, afirmando que no siendo el

objeto social la investigación científica o técnica no puede afirmarse que sea una actividad ordinaria. El argumento es insostenible pues dejaría fuera del beneficio cualquier actividad de inversión en I+D de cualquier sociedad, cualquiera que fuere su objeto social, siempre que fuera distinto de la investigación en sentido estricto. Bien al contrario, la actividad de investigación y desarrollo es una actividad propia del desenvolvimiento del objeto social de cualquier sociedad siempre que su destino incida en la actividad empresarial de la sociedad.

6. El mismo destino desestimatorio le corresponde a la alegación, reiterada, de que no se cumple la finalidad última del art 348 bis al no existir una situación de abuso o apartamiento de la minoría por parte de la mayoría social. El escrito de recurso considera que el registrador no ha hecho una valoración del conjunto de circunstancias expuestas por la sociedad y que, a su juicio, justifican la exclusión del derecho de separación reconocido en el art 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Esta Dirección General no puede amparar tal afirmación. Establece 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.», refiriéndose los preceptos a que se remite a la solicitud de designación de auditor por parte del registrador mercantil.

Como esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones *(vide* resoluciones en materia de auditores de fechas 15 de julio y 19 de octubre de 2015, entre otras muchas), el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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).

No procede en consecuencia, confirmando la actuación del registrador, que la presente contemple otra cuestión distinta a si concurren o no los requisitos establecidos legalmente para el ejercicio del derecho de separación y para la designación de experto independiente. Cualquier otra consideración, como la valoración de la conducta de las partes o el análisis de la finalidad última de sus actos, escapa por completo de la competencia del registrador y de esta Dirección en alzada, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribu-

nales de Justicia. No procede en consecuencia un pronunciamiento, como propone el escrito de oposición y confirma el de recurso, sobre si los socios que han ejercitado su derecho tienen motivaciones ulteriores o ejercen de modo directo o indirecto actividades similares a las que constituyen el objeto social. Lo único trascendente a los efectos de la presente es si resultan acreditados, como efectivamente ocurre, los requisitos de ejercicio del derecho de separación al amparo del art 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

7. 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 (artículo 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. Procede la desestimación del motivo y del recurso en su conjunto.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona n.º 15, don Jaime Sansa Torres de fecha 29 de noviembre 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 febrero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 12 de febrero de 2018

En el expediente 5/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Seis Maquinaria, S.L.L.»

HECHOS

I

Don …. presentó un escrito de fecha 4 de septiembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 20 de septiembre posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Seis Maquinaria, S.L.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta:

a) Que la sociedad Seis Maquinaria S.L.L. celebró junta general el día 27 de junio de 2017 con la presencia del notario de Les Franqueses del Valles, don Javier Santos Lloro. En el orden del día, y por lo que interesa a la presente, constan como puntos segundo y tercero la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016 y la «propuesta de aplicación del resultado», respectivamente.

De copia del acta, que consta en el expediente, resulta que tras la aprobación del segundo punto del orden del día se entró en el tercero en los siguientes términos:

Consta del acta que la administración de la sociedad propone destinar parte del beneficio obtenido a reservas voluntarias y parte al reparto de dividendo. Consta a continuación que se manifiestan a favor de la propuesta varios socios y en contra el hoy solicitante, así como otro socio.

Consta a continuación que otro socio propone que no se reparta dividendo y se destine la integridad del beneficio a reservas, propuesta a la que se suman otros socios. Consta que esta propuesta se somete a votación, que vota a favor el 72,5022% del capital social y que vota en contra el hoy solicitante que representa el 25,4978% del capital social, por lo que el presidente de la junta declara válidamente adoptado el acuerdo. El letrado del hoy solicitante, presente en la junta, deja constancia del mantenimiento del voto en contra y de la reserva de acciones.

b) Mediante escrito de fecha 8 de julio de 2017, el hoy solicitante notifica a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación mediante burofax de fecha 12 de julio del mismo año.

c) La sociedad contesta a la notificación mediante escrito de fecha 17 de julio de 2017 en el que hace constar que el art 348 bis permite el ejercicio del derecho de separación a partir del quinto ejercicio y asimismo al socio que hubiera votado a favor de la distribución del beneficio, resultando del acta notarial su voto en contra del reparto de dividendo.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que de la simple lectura del acta resulta que el solicitante carece de derecho de separación por cuanto el artículo 348 bis afirma que compete al socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales. Que como resulta del acta y del tercer punto del orden del día ante la propuesta de la administración de destinar parte del beneficio a reservas y parte a dividendo, el solicitante se manifestó en contra de la propuesta, por lo que no puede dudarse del voto en contra del solicitante. Que así se le hizo saber en la contestación del burofax. 2.º Que de lo anterior se deduce la mala fe del solicitante

III

El registrador mercantil de Barcelona n.º 10, don Jesús González García dictó resolución en fecha 16 de noviembre de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y declarar 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 27 de diciembre de 2017, que tuvo entrada el día 2 de enero de 2018 (si bien dispone de sello de imposición de correos de fecha 28 de diciembre de 2017), 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 de los hechos que resultan del acta de la junta resulta: que el solicitante vota en contra del reparto de dividendo, que su voto lo es sin ningún tipo de reservas, que es una manifestación vertida en instrumento público que no permite contradicción, que la propuesta de la administración era una propuesta de acuerdo a la que votó en contra y que de acuerdo al propio sentido literal de la Ley, el solicitante no vota a favor de la distribución de dividendo; en la primera votación vota en contra y en la segunda no vota a favor. Que de lo anterior resulta que el solicitante no reúne el requisito exigido por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que el citado artículo exige una conducta activa y no pasiva, que vote a favor de la distribución de dividendo. Que ante la propuesta de la administración el solicitante se manifestó en contra, expresión que equivale a votarla. Que el propósito del artículo 348 bis es evitar abusos contra los minoritarios determinando el reparto de beneficios como forma de compensarles. Que si la propuesta de distribución del resultado es el reparto del dividendo no puede decirse que la sociedad haya desatendido el interés del socio. Que no tiene sentido votar en contra del reparto del divi-

dendo y beneficiarse de un derecho de separación basado en el no reparto. Que no puede ser que se vote en contra del reparto del dividendo y alegar que se solicita la separación por no haberse repartido. 3.º Que la resolución impugnada se fundamenta en dos decisiones jurisprudenciales. Que en cuanto a la sentencia del juzgado mercantil de Barcelona n.º 1 de 21 de junio de 2013 analiza el sentido del voto, siendo evidente que el solicitante vota en contra de la distribución del beneficio. Que en cuanto a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 26 de marzo de 2015, también valora el sentido del voto mientras que el Registro Mercantil de Barcelona no ha valorado el sentido negativo del voto del solicitante, dejando sin valorar el argumento de la parte. 4.º Que el artículo 7 del Código Civil sanciona la mala fe y el abuso de derecho. Que el solicitante al votar negativamente la distribución de dividendo y, con posterioridad, ejercer el derecho de separación incurre en contradicción con sus actos pretendiendo imponer a la sociedad la carga de adquirir sus participaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y 8 y 16 de enero de 2018.

1. Ejercido por un socio el derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad se opone por considerar que no se ha producido el supuesto de hecho previsto en la norma y por mala fe del socio ejerciente.

La particularidad del supuesto es que el ejercicio del derecho se reclama por socio no trabajador de una sociedad laboral de responsabilidad limitada.

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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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 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 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. El régimen expuesto es de plena aplicación a las sociedades laborales sujetas al régimen jurídico derivado de la Ley 44/2015, de 14 octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, cuya disposición final 3.ª dispone lo siguiente: «En lo no previsto en esta ley, serán de aplicación a las sociedades laborales las normas correspondientes a las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, según la forma que ostenten.»

Además de la aplicación supletoria de la Ley de Sociedades de Capital, el artículo 16.2 de la propia Ley establece lo siguiente: «El derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos previsto en el artículo 348 bis del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, no será de aplicación a los socios trabajadores de la sociedad laboral.»

De la regulación anterior resulta que la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital es de aplicación a cualquier sociedad anónima o de responsabilidad limitada sujeta a la Ley 44/2015, de 14 octubre, con la única especialidad de que los socios trabajadores carecen de tal derecho que recae en exclusiva en los que carecen de dicha condición *(vide* artículo 5 de la Ley), tal y como ocurre en el supuesto que da lugar a la presente.

6. La sociedad considera que el socio que ejerce el derecho de separación no reúne el requisito previsto en el artículo 348 bis por no haber «votado a favor de la distribución de los beneficios sociales»; por el contrario, la sociedad afirma reiteradamente que el sentido del voto del hoy solicitante fue contrario a la distribución de beneficios por lo que no está amparado por la norma. Para dar una respuesta jurídicamente correcta es preciso exponer con carácter previo, el marco en que debe valorarse el sentido del voto del socio que ejercita su derecho de separación.

Es doctrina de esta Dirección que es preciso partir de que el orden del día lo elabora el órgano de administración por lo que, tratándose de junta ordinaria, también elabora la propuesta de aplicación del resultado (artículos 253 y 273 de la Ley de Sociedades de Capital). En consecuencia, y a pesar de la deficiente técnica del artículo 348 bis, debe exigirse un voto favorable a la propuesta de reparto de dividendo sólo cuando efectivamente exista la propuesta de reparto. En otro caso, se estaría privando al socio 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.

La afirmación anterior no queda empañada porque 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 (artículo 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.»

El ejercicio del derecho contemplado en el artículo 348bis 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. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

7. Así las cosas, la sociedad recurrente entiende que el socio solicitante ha votado en contra del reparto de dividendo lo cual excluye el ejercicio del derecho de separación.

Esta Dirección General no puede compartir semejante afirmación. Como resulta del acta notarial de la junta y de las circunstancias en que se produjo el debate y votación del punto 3.º del orden del día, resulta indubitado que el hoy solicitante votó en contra de la aplicación del resultado íntegramente a reservas lo que supone una expresión indubitada de que su voto es contrario a una aplicación que no contempla el reparto de beneficio en, al menos, la proporción establecida en el artículo 348 bis.

Como resulta de los hechos, llegado el momento de someter a la junta el punto del orden del día relativo a la aplicación del resultado, se expuso la propuesta del órgano de administración que ciertamente contemplaba una aplicación parcial a reparto de dividendo. El socio que ahora ejerce el derecho se mostró contrario a someter tal propuesta a votación, pero de aquí no cabe inferir, como hace el escrito de recurso, un voto en contra de la propuesta de reparto de beneficio por la sencilla razón de que dicha propuesta no se sometió a votación.

En el momento expuesto se discutió exclusivamente si se consideraba o no la propuesta de aplicación que hacia el órgano de administración, pero sin someter su contenido a voto, por lo que no cabe prejuzgar si el socio habría votado a favor o en contra de esa concreta y específica propuesta de aplicación. La única conclusión que cabe extraer es que el socio se opuso a que la propuesta de aplicación del beneficio fuera la que proponía la administración social.

Resulta así indubitado de la narración de hechos que lleva a cabo el notario autorizante que se rechazó someter a votación la propuesta de aplicación del órgano de administración. Por el contrario, resulta que se aceptó la propuesta de aplicación que llevó a cabo otro socio y que se limitaba a destinar el total beneficio a reservas. Esta es la única propuesta que se sujetó a votación y resulta del acta que el socio, ahora instante, votó en contra de la propuesta. El sentido de su voto, en relación a la propuesta sometida a votación, resulta inequívoco en su contra por lo que sólo cabe afirmar que, como exige el precepto y lo ha interpretado la resolución judicial expuesta y esta Dirección, su voluntad es contraria a una propuesta que no contempla el reparto de dividendo en la, al menos, proporción establecida.

Procede en consecuencia la desestimación del motivo de impugnación sin que quepa afirmar que el registrador no ha hecho valoración alguna del sentido del voto del solicitante. Bien al contrario, lo que ocurre es que su valoración, con la que esta Dirección General coincide, es contraria a la de la sociedad que recurre.

8. El mismo destino desestimatorio le corresponde al motivo que hace referencia a la ausencia de buena fe del solicitante y al abuso de derecho que de su conducta resulta.

Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente. 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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona n.º 10, don Jesús González García de fecha 16 de noviembre 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 febrero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 13 de febrero de 2018 (1.ª)

En el expediente 6/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de socias de «Ourenfo, S.L.»

HECHOS

I

Doña….y doña ….y doña….presentaron un escrito de fecha 20 de septiembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Orense, en el que tuvo su entrada el día 25 inmediato posterior en el que solicitaron, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socias de «Ourenfo, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de sus participaciones 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 relativa al ejercicio 2016. Que en la citada junta, y en relación al segundo punto del orden del día, relativo a la aplicación del resultado, la administración propuso destinarlo en su integridad a reservas. El representante de las ahora solicitantes votó a favor del reparto de dividendo y ante la aprobación de la propuesta de la administración hizo expresa reserva del derecho de separación. Así resulta de copia del acta de junta general autorizada en Allariz por su notario doña Rosa Ana Suárez Doniz, el día 29 de junio de 2017 y de su diligencia del mismo día.

b) Por medio de burofax remitido el día 24 de julio de 2017, se hace llegar a la administración de la sociedad carta fechada el mismo día en el que las ahora solicitantes notifican su decisión de ejercer su derecho de separación.

c) La administración contesta al anterior requiriendo a las solicitantes a llevar a cabo una negociación sobre la valoración de las participaciones.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión de las socias alegando: Que las solicitantes han perdido su condición de socias

por el ejercicio de su derecho de separación. Que se aceptan los hechos expuestos en la solicitud salvo lo relativo a la falta de acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones, la persona que haya de valorarlas o el procedimiento a seguir. Que se trata de una mera manifestación sin apoyo probatorio alguno. Que lo cierto es que han existido unas laxas conversaciones pero que no han producido resultado alguno por lo que no estamos en el momento en que proceda el nombramiento por el registrador mercantil. Que es a la parte solicitante a la que corresponde probar los hechos alegados. Que existe por tanto una falta de legitimación pues la posibilidad de dirigirse al registrador mercantil es únicamente con carácter subsidiario o finalista, es decir, en defecto de acuerdo entre las partes lo que exige que se agoten todas las demás posibilidades. Que la solicitud debe venir acompañada de las pruebas que acrediten la imposibilidad de llegar a un acuerdo con el fin de evitar el ejercicio abusivo del derecho, como ocurre en el supuesto de hecho por lo que la sociedad se reserva el ejercicio de las acciones que le correspondan. En definitiva, que no se dan los presupuestos legales para que proceda el nombramiento.

Notificadas las solicitantes por el registrador mercantil, presentan escrito de alegaciones de fecha 23 de octubre de 2017 en el que ponen de manifiesto: Que no aceptan la afirmación de que han perdido la condición de socias en tanto no se lleve a cabo la amortización de sus participaciones sociales. Que no han alcanzado un acuerdo con la sociedad sobre los aspectos a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Que ejercitado el derecho de separación en fecha 24 de julio de 2017, no se ha materializado la amortización de sus participaciones por lo que, transcurridos tres meses, se pone de manifiesto que no se ha alcanzado acuerdo alguno. De admitirse la oposición se produciría una indefensión de las solicitantes pues quedaría al arbitrio de la sociedad decidir cuándo ha pasado el lapso temporal preciso para entender procedente la designación de experto.

III

El registrador mercantil de Orense, don Andrés José Ylla García-Germán dictó resolución en fecha 2 de noviembre 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. Notificada a la sociedad el día 17 de noviembre de 2017.

IV

Don …. y doña …., como administradores de la sociedad, por escrito de fecha 5 de diciembre de 2017, que tuvo entrada el día 7 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Orense, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo, resumidamente, lo siguiente: «Que se reitera que, aun no siendo objeto del expediente, las solicitantes han perdido su condición de socias desde el momento en que ejercieron su derecho. Que de la Ley resulta con toda claridad que la posibilidad de solicitar designación de experto es sólo subsidiaria, dándose prioridad al acuerdo entre las partes. Que aquí radica el núcleo de la oposición de la sociedad; no porque no tengan derecho las solicitantes, que no se discute, sino porque no se dan los presupuestos objetivos para que se acceda al nombramiento de experto. Que ha de acreditarse la imposibilidad de llegar a un acuerdo para acceder a la designación de experto por múltiples motivos entre los que se encuentra evitar gastos innecesarios a las partes. Que el mero paso del tiempo no puede interpretarse como indicio o prueba de la imposibilidad de acuerdo. Que no obra en el expe-

diente comunicación alguna de las solicitantes que indique una valoración o la designación de tercero para que la lleve a cabo o sobre el método a emplear…»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y 8 y 16 de enero de 2018.

1. Dejando de lado la cuestión de cual haya de ser el momento efectivo en el que las solicitantes pierden su condición de socias de la sociedad, cuestión que no constituye el objeto de la presente, la única cuestión que si lo constituye y sobre el que disienten las partes es sobre la procedencia de la designación de experto conforme al artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Como esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones *(vide* resoluciones en materia de auditores de fechas 15 de julio y 19 de octubre de 2015, entre otras muchas), el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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).

La sociedad, que no discute el ejercicio del derecho de separación, entiende que no procede la designación por cuanto la solicitud de las socias no viene acompañada de la prueba que acredite la imposibilidad de llegar a un acuerdo con la sociedad sobre el valor de las participaciones, la persona que haya de llevarla a cabo o sobre el procedimiento de determinación. La sociedad considera que la previsión legal del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital

es que no procede la designación de experto sino se ha agotado antes la posibilidad de un acuerdo entre las partes, cuestión que debe traer a prueba la parte solicitante.

2. Esta Dirección General no puede amparar dicha argumentación. Este Centro Directivo ha afirmado *(vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), que resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 353).

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.

Como ha quedado debidamente expuesto, el ejercicio del derecho de separación depende exclusivamente de la voluntad del socio una vez que concurran los requisitos legalmente establecidos. Ejercitado el derecho y con el fin de determinar el crédito de separación (artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital), la Ley proporciona al socio la posibilidad de que acuda al registrador mercantil a fin de que designe experto independiente si no llega a un acuerdo con la sociedad.

Si las partes llegan a un acuerdo se satisfará el crédito de separación autorizándose la oportuna escritura de transmisión de participaciones sociales o de reducción de capital, previo pago de la cantidad acordada conforme a la previsión de los artículos 349, 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital.

Si no existe acuerdo y existe informe de experto independiente se procederá en la forma prevista en los artículos citados y en el artículo 356.2 para el caso de que sea precisa la consignación de la cantidad fijada por el experto.

El ordenamiento pues, contempla tanto la existencia de posible acuerdo entre las partes como su inexistencia, pero sin hacer depender el ejercicio de la facultad de solicitar designación de experto de requisito alguno. La mera presentación de la solicitud ante el registrador mercantil es prueba inequívoca de la voluntad del socio de que sea un experto independiente el que lleve a

cabo la determinación del valor razonable. El ejercicio del derecho individual de separación suele ser la culminación de un periodo de conflicto entre el socio y la sociedad e incluso, cuando no es así, supone un evidente elemento de tensión entre las partes interesadas. Pretender que en esta situación la Ley imponga un periodo de conversaciones previas ni es conforme con su espíritu ni con su intención. Someter al socio que ejerce su derecho a un trámite no regulado en modo alguno, no lleva sino a la postergación del ejercicio de su derecho y a la sumisión a la voluntad de la sociedad que puede retrasar la satisfacción del socio sin causa que lo justifique. Quedaría así en manos de la sociedad el ejercicio de un derecho que el ordenamiento reconoce al socio sin que resulte para este, beneficio alguno, sino tan sólo una injustificada dilación de un interés legalmente reconocido. Procede en consecuencia, la desestimación del motivo.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Orense, don Andrés José Ylla García-Germán de fecha 2 de noviembre 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 febrero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Orense.

Resolución de 13 de febrero de 2018 (2.ª)

En el expediente 7/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Comercial Jesuman, S.A.»

HECHOS

I

Don … presentó un escrito de fecha 6 de noviembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Tenerife, en el que tuvo su entrada el día 21 inmediato posterior, en el que solicitó,

al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Comercial Jesuman, S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta:

a) Que el solicitante es socio de la sociedad. Que en fecha 22 de agosto de 2017 se celebró junta ordinaria de la sociedad en cuyo orden del día se comprendía la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio cerrado el día 28 de febrero de 2017, así como la aplicación del resultado. Del acta de junta autorizada el día 22 de agosto de 2017 por el notario de Santa Cruz de Tenerife don Antonio Navarro Pascual de Riquelme, y de su diligencia del mismo día, resulta que la junta general se reunió en la fecha citada con la presencia de la totalidad del capital social. Que el representante del hoy instante solicitó, ante la propuesta de la administración de aplicar la totalidad del resultado a reservas, que un tercio del beneficio se distribuyese entre los socios como dividendo. Resulta que, sometidas ambas propuestas a votación, se aprobó la propuesta de aplicar la integridad del beneficio a reservas, con desestimación de la propuesta de aplicación parcial a dividendo.

b) El socio que votó en contra de la propuesta a que hace referencia el punto anterior, notificó mediante carta de fecha 20 de septiembre de 2017 que fue remitida por burofax a la sociedad el día 21 de septiembre de 2017, el ejercicio de su derecho de separación incluyendo una propuesta de valoración de su participación en la sociedad.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital determina una serie de presupuestos que no se dan en el supuesto de hecho. 2.º Que no existe acuerdo de valoración. Que la entidad desconoce propuesta de valoración alguna y que la que lleva a cabo el solicitante es absolutamente desproporcionada por lo que la sociedad discrepa. 3.º Que el artículo 352 (sic), de la Ley de Sociedades de Capital dispone que las partes acuerden la separación siendo voluntad de la sociedad que así se haga si bien no le consta propuesta alguna para alcanzar un acuerdo. Que no resultando acreditados los presupuestos legales no resulta procedente acudir a la fórmula supletoria del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital pues sólo procede la designación cuando resulten acreditados los intentos de acuerdo sobre la designación del experto y sobre el procedimiento a seguir.»

III

La registradora mercantil de Santa Cruz de Tenerife n.º 2, doña Ana Margarita López Rubio dictó resolución en fecha 12 de diciembre 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 administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 8 de enero de 2018, que tuvo entrada el día 10 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Tenerife, 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 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y 8 y 16 de enero de 2018.

1. La sociedad, que no discute el ejercicio del derecho de separación, entiende que no procede la designación de experto independiente por cuanto no ha existido ninguna propuesta de valoración y la que propone el socio es inadmisible por desproporcionada. Que siendo voluntad de la sociedad llegar a un acuerdo con el socio, no ha existido propuesta alguna al respecto por lo que no se acreditan los presupuestos legalmente exigibles para acudir a la fórmula supletoria del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Esta Dirección General no puede amparar dicha argumentación. Este Centro Directivo ha afirmado *(vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), que resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 353).

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 pre-

visto 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.

Como ha quedado debidamente expuesto, el ejercicio del derecho de separación depende exclusivamente de la voluntad del socio una vez que concurran los requisitos legalmente establecidos. Ejercitado el derecho y con el fin de determinar el crédito de separación (artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital), la Ley proporciona al socio la posibilidad de que acuda al registrador mercantil a fin de que designe experto independiente si no llega a un acuerdo con la sociedad.

Si las partes llegan a un acuerdo se satisfará el crédito de separación autorizándose la oportuna escritura de transmisión de participaciones sociales o de reducción de capital, previo pago de la cantidad acordada conforme a la previsión de los artículos 349, 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital.

Si no existe acuerdo y existe informe de experto independiente se procederá en la forma prevista en los artículos citados y en el artículo 356.2 para el caso de que sea precisa la consignación de la cantidad fijada por el experto.

El ordenamiento pues, contempla tanto la existencia de posible acuerdo entre las partes como su inexistencia, pero sin hacer depender el ejercicio de la facultad de solicitar designación de experto de requisito alguno. La mera presentación de la solicitud ante el registrador mercantil es prueba inequívoca de la voluntad del socio de que sea un experto independiente el que lleve a cabo la determinación del valor razonable. El ejercicio del derecho individual de separación suele ser la culminación de un periodo de conflicto entre el socio y la sociedad e incluso, cuando no es así, supone un evidente elemento de tensión entre las partes interesadas. Pretender que en esta situación la Ley imponga un periodo de conversaciones previas ni es conforme con su espíritu ni con su intención. Someter al socio que ejerce su derecho a un trámite no regulado en modo alguno, no lleva sino a la postergación del ejercicio de su derecho y a la sumisión a la voluntad de la sociedad que puede retrasar la satisfacción del socio sin causa que lo justifique. Quedaría así en manos de la sociedad el ejercicio de un derecho que el ordenamiento reconoce al socio sin que resulte para este, beneficio alguno, sino tan sólo una injustificada dilación de un interés legalmente reconocido. No procede la estimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Santa Cruz de Tenerife n.º 2, doña Ana Margarita López Rubio de fecha 12 de diciembre 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, 13 de febrero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Santa Cruz de Tenerife.

Resolución de 13 de febrero de 2018 (3.ª)

En el expediente 8/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Alarco, S.A.»

HECHOS

I

Don …. presentó un escrito de fecha 1 de septiembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Huesca, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Alarco, 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 junta general de la sociedad se reunió el día 27 de junio de 2017. De copia de acta de junta general de fecha 26 de junio de 2017 autorizada por la notaria de Huesca doña Isabel Rufas de Benito y de su diligencia de fecha 27 de junio del mismo año, resulta que se aprueban las cuentas anuales, así como la propuesta de aplicación del resultado a reservas y compensación de pérdidas con la expresa protesta del hoy solicitante y con su voto en contra.

b) Mediante burofax de fecha 20 de julio de 2017 se hace llegar a la administración de la sociedad carta remitida por el solicitante fechada el día 19 de julio del mismo año y por la que se notifica el ejercicio del derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

II

Tras diversas vicisitudes en la tramitación del expediente y previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que del acta notarial sólo se desprende que se votó sobre los puntos relativos a la

aprobación de las cuentas anuales y propuesta de aplicación del resultado, así como la aprobación de la gestión del órgano de administración. No resulta por tanto que el solicitante votara a favor del reparto de dividendos ni que tenga derecho de separación. 2.º Que habiendo recibido el solicitante la convocatoria de junta y el orden del día podía haber solicitado complemento de convocatoria y no lo hizo lo que provoca que no existiera una votación expresa sobre distribución del dividendo. Que la sociedad no reconoce su derecho de separación ni el derecho a obtener el valor razonable de las acciones ni la solicitud de nombramiento de experto independiente.

III

La registradora mercantil de Huesca, doña Belén Madrazo Meléndez, dictó resolución en fecha 27 de diciembre 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 administrador, por escrito de fecha 17 de enero de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Huesca, 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 lo siguiente: «1.º Que una interpretación más extensa del derecho de separación sólo puede llevar a apoyar una actuación desleal del socio que, más que un reparto de dividendo, ha buscado separarse de la sociedad intentando que se le abone un importe bastante elevado en relación a lo que podría ir obteniendo del dividendo. Además, la sociedad destinó el beneficio a compensación de pérdidas para que la sociedad tuviera una mayor solvencia. 2.º Que al existir una oposición clara de la sociedad la registradora no debería haber estimado la solicitud como resulta de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017. En caso de desacuerdo el registrador no debe entrar a conocer de la concurrencia de requisitos al ser objeto de la discrepancia que sólo puede resolver el orden jurisdiccional. Que es el socio el que postula el que debe instar las oportunas acciones judiciales para el ejercicio de su derecho en vez de acudir al registrador mercantil cuya actuación es meramente instrumental una vez que el derecho no resulte controvertido.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y 8 y 16 de enero de 2018.

1. Constituye el objeto de la presente dilucidar si, ejercido por un socio de una sociedad anónima el derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, procede o no la designación de experto independiente de conformidad con la previsión del art 353 de la Ley de Sociedades de Capital habida cuenta de que la sociedad se opone. La sociedad basa su oposición a la designación de experto en el hecho de que no ha existido un voto a favor del reparto de beneficios por parte del socio quien, pudiendo solicitar ampliación de convocatoria no lo hizo, y en el hecho de que existiendo oposición de la sociedad a la existencia de derecho de separación no puede la registradora estimar la solicitud al ser materia reservada a los Tribunales de Justicia.

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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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 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. El recurso no puede prosperar porque ninguno de los motivos en el contenido puede enervar el derecho de separación que al socio reconoce el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta Dirección General no puede amparar la afirmación de la sociedad de que no ha existido un voto a favor del reparto del dividendo. De la documentación que integra el expediente resulta con toda claridad que el orden del día comprendía, entre otros, el punto primero: «Aprobación de las cuentas anuales y de la propuesta de aplicación de resultados del ejercicio 2016.» Del acta notarial resulta que la propuesta de aplicación del resultado de la sociedad del órgano de administración consistía en su destino a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores. Resulta también del acta, de forma indubitada, que el socio ahora solicitante y en relación a la propuesta de aplicación del resultado, expresó su disconformidad con que no hubiese reparto de dividendos e incluso hace un reproche expreso al presidente de la junta a lo que éste contesta que existirá reparto de dividendo cuando lo acuerde la junta general. Consta finalmente que sometido el primer punto del orden del día relativo a la aprobación de las cuentas anuales y de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio 2016, el ahora solicitante vota en contra.

Resulta pues indubitado que no existe propuesta de aplicación del resultado a, como mínimo, una distribución de dividendo en los términos que determina el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, resulta que el socio ahora solicitante expresa su oposición a la propuesta y al hecho de que no contemple distribución del dividendo, resulta finalmente que emite su voto en contra de la propuesta de aplicación del resultado.

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 del socio 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 (artículos 253 y 273 de la Ley de Sociedades de Capital). De este modo, de exigirse un voto favorable a la pro-

puesta 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 (artículo 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.»

El ejercicio del derecho contemplado en el artículo 348bis 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. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto tal y como ocurre en el supuesto de hecho.

7. Tampoco puede ampararse el motivo que hace referencia a la incompetencia de la registradora mercantil para designar experto independiente

cuando existe oposición de la sociedad y negación expresa del derecho de separación del socio.

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 (artículo 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 (artículo 353 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (artículos 169 y 171), ya para reducir el capital social (artículos 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 (artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Pre-

cisamente 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 imbricación en el orden 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, 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.

La misma doctrina es aplicable a un supuesto como el presente en el que la registradora se limita a ejercer la competencia atribuida legalmente *(vide* artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital), por el procedimiento establecido (artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil), y sin perjuicio del régimen de recursos previsto en el ordenamiento. En ningún caso la registradora 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 acciones y sin perjuicio del ejercicio de las acciones judiciales 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 n.º 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 n.º 1 de Sevilla de la que resulta la conclusión contraria.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Huesca, doña Belén Madrazo Meléndez, de fecha 27 de diciembre 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 febrero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Huesca.

Resolución de 22 de febrero de 2018 (1.ª)

En el expediente 9/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Compañía de Promociones y Proyectos Especiales, S.A.»

HECHOS

I

Don …., presentó un escrito de fecha 14 de noviembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, en el que tuvo su entrada el día 17 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de « Compañía de Promociones y Proyectos Especiales, 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 la sociedad celebró junta general ordinaria el día 5 de septiembre de 2017 a la que asistió el solicitante, debidamente representado, como titular de un 5% del capital social. Que en el orden del día contenido en la convocatoria de la junta constaba el primer punto relativo a: «Aprobación, si procede, de las cuentas anuales y propuesta de aplicación del resultado del ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2016, y aprobación, si procede, de la gestión del órgano de administración en ese periodo.» En cuanto al segundo punto del orden del día, se refiere a: «Aprobación, si procede, de la propuesta de aplicación de resultados.» Resulta igualmente que la propuesta de distribución del resultado es a compensación de pérdidas de ejercicios anteriores y a reservas voluntarias. Resulta que el representante del hoy solicitante propone a la junta que se destine la totalidad del beneficio a reparto de dividendo, propuesta que es rechazada por la mayoría social. A continuación, se procede a la votación de la propuesta inicial que es aprobada por la mayoría social y con el voto en contra del hoy solicitante.

Las anteriores circunstancias resultan del acta de la junta celebrada en la fecha indicada y que consta incorporada al acta notarial a que se refiere el siguiente epígrafe.

b) Por medio de acta notarial de fecha 15 de septiembre de 2017 autorizada por la notaria de Puerto de la Cruz, doña Jezabel Rodríguez Jato, número 1627 de protocolo, el socio hoy solicitante la requiere para que entregue una carta de fecha 14 de septiembre de 2017 dirigida a la sociedad Compañía de Promociones y proyectos Especiales S.A., en

la que ejerce su derecho de separación y lleva a cabo una propuesta de valoración de sus acciones.

De copia del acta, que consta en el expediente, resulta que la notaria autorizante acepta el requerimiento, que el día 20 de septiembre se persona en el domicilio indicado donde la recibe una empleada, tras preguntar por los requeridos se le contesta que no se encuentran en el lugar del requerimiento, y que no se hace cargo de la cédula de notificación. Por nueva diligencia de fecha 22 de septiembre de 2017, la notaria autorizante se persona en la oficina de correos para remitir la carta y documentación por correo certificado. Por nueva diligencia se hace constar que la carta fue devuelta y no fue retirada en la oficina correspondiente.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que no se cumple el requisito previsto en el artículo 348 bis por cuanto aun cuando el ejercicio 2016 terminó con beneficios no son repartibles al existir pérdidas de ejercicios anteriores que deben ser compensadas antes de la distribución de dividendo a los socios. 2.º Que de la documentación facilitada se desprende que el solicitante no ha ejercitado su derecho en el plazo de un mes a contar desde la celebración de la junta general. Así resulta de las diligencias notariales que se dirigieron a unas oficinas en las que no se encontraban las personas que ostentaban la representatividad de la empresa. Tampoco resulta que el notario inquiera sobre su paradero; en definitiva, no queda acreditado que se haya intentado notificar a los representantes de la entidad. 3.º El solicitante no aporta prueba alguna de la participación que ostenta en la sociedad. 4.º Que en la comunicación del Registro mercantil se especifica que se lleva a cabo en base a lo dispuesto en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, por lo que estando la sociedad obligada a verificación contable y habiendo transcurrido el plazo de tres meses, no procede nombramiento alguno.

III

La registradora mercantil de Tenerife n.º 2, doña Ana Margarita López Rubio dictó resolución en fecha 27 de diciembre 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 por acreditarse los requisitos que para ellos exige la Ley.

IV

Doña …., presidente del consejo de administración de la sociedad, por escrito de fecha 17 de enero de 2018, 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, lo siguiente: «1.º Que los beneficios propios de la explotación del objeto social deben asemejarse a resultados ordinarios por lo que los resultados extraordinarios no pueden configurarse dentro de los resultados ordinarios de la explotación. Que existiendo pérdidas de ejercicios anteriores no cabe la distribución del resultado, sino que deben destinarse a su compensación. 2.º Que el socio instante no negoció en ningún momento con la sociedad la designación de un auditor para que se llevase a cabo la determinación del valor real de su participación. Que la parte entiende que no ha obrado de buena fe pues no ha propuesto un auditor para valorar sus acciones y la valora-

ción propuesta está fuera del valor real o de mercado, por lo que no puede hablarse de que haya una falta de acuerdo con el socio que ni siquiera ha propuesto la designación de un auditor.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y 8 y 16 de enero de 2018.

1. Celebrada junta general ordinaria de una sociedad anónima y sometida a votación la propuesta de aplicación del resultado se aprueba por la mayoría social, con el voto en contra del hoy solicitante, el destino del beneficio obtenido a compensación de pérdidas anteriores y reservas voluntarias. El socio hoy instante, solicitó expresamente que el beneficio se destinase al reparto de dividendo, propuesta que fue rechazada por la mayoría social.

Ejercitado el derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad se opone a la procedencia del derecho de separación y a la designación de experto independiente, articulando su posición en los siguientes motivos, tal y como resulta de los hechos expuestos: En primer lugar, porque existiendo pérdidas de ejercicios anteriores, el beneficio debe destinarse a su compensación a lo que añade en vía de recurso que un beneficio extraordinario no puede incluirse en los ordinarios. Segundo, porque el ejercicio del derecho ha sido extemporáneo al no haber recibido la sociedad la notificación pertinente y no quedar acreditada la comunicación al órgano de administración. Tercero, porque el solicitante no ha aportado prueba de su participación en la sociedad. Cuarto, porque la sociedad está obligada a verificación contable y ya ha transcurrido el plazo previsto en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil. Y quinto, porque el solicitante no ha intentado negociar con la sociedad y no ha propuesto un auditor (sic), para la determinación del valor razonable de sus acciones lo que implica que no ha actuado de buena fe.

2. Ninguno de los motivos expuestos enerva el derecho de separación ejercido por el socio al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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. En el supuesto que da lugar a la presente la sociedad alega que los beneficios obtenidos no tienen el carácter de repartibles por existir pérdidas

de ejercicios anteriores pendientes de compensación y, de forma muy sucinta, porque se trata de beneficios extraordinarios.

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.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, dispone el artículo 273 de la Ley 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.»

De la simple lectura del precepto resulta que, ciertamente, de existir pérdidas de ejercicios anteriores el beneficio debe destinarse a su compensación. Ahora bien, para que dicha exigencia sea de aplicación es preciso que se dé una circunstancia adicional: que el valor del patrimonio neto no sea inferior al capital social. Del expediente resulta la afirmación indiscutida de la existencia de pérdidas de ejercicios anteriores *(vide* propuesta de aplicación del resultado a que se refieren los hechos), pero no resulta dato adicional que permita sostener la afirmación de la sociedad recurrente. Bien al contrario, existe un claro indicio (la propuesta de aplicación parcial a reservas voluntarias), que contradice su propia afirmación. A lo anterior hay que sumar el dato que resulta de la resolución impugnada, no combatida en modo alguno por la recurrente, de que las reservas de la sociedad cubren las pérdidas de ejercicios anteriores tal y como resulta de las cuentas anuales del ejercicio 2016 que se encuentran depositadas. En definitiva, no resultando acreditado en el expediente en modo alguno que el beneficio obtenido por la sociedad en el ejercicio 2016 carezca de la condición de repartible en los términos a que se refiere el artículo 348 bis en relación al 273 de la Ley de Sociedades de Capital, procede la desestimación del motivo.

Por lo que se refiere a la afirmación que contiene el escrito de recurso relativa a que los ingresos extraordinarios no pueden incluirse en los ordinarios de explotación, 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 (sección15.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.

En el expediente que da lugar a la presente, la cuestión en realidad no se plantea más que de forma muy sucinta pues la sociedad, en vía ya de recurso, se limita a afirmar que los beneficios extraordinarios no pueden computarse junto a los ordinarios, pero sin hacer una aplicación de esta afirmación ni desarrollar en modo alguno el motivo de forma que impida la aplicación de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Procede en consecuencia, la desestimación de este motivo.

6. La sociedad se opone al reconocimiento del derecho de separación y afirma que ha sido ejercitado fuera de plazo porque los intentos de notificar a la administración de la sociedad resultaron infructuosos. El argumento es

insostenible porque confunde reiteradamente el ejercicio del derecho de separación a que se refiere el precepto con la notificación a la sociedad del hecho del ejercicio. Como resulta del número dos del artículo 348 bis: «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.». Como ha quedado expuesto el Tribunal Supremo (Sentencia núm. 32/2006 de 23 enero), tiene declarado que: «El derecho de separación … nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (art. 54.3 LSRL), que no es necesaria cuando sea notarial (art. 55.1 y 2 de la misma Ley) y no requiere que la sociedad lo acepte…». Y más adelante que: «Tal declaración puede realizarse en tanto no transcurra un mes contado desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación», ambas posibilidades a llevar a efecto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97.1.I.»

Resulta en consecuencia indubitado que el ejercicio del derecho de separación debe llevarse a cabo en el plazo de un mes desde la aprobación del acuerdo a que se refiere el artículo 348 bis o desde la aprobación del acta de la junta si se realiza con posterioridad, sin perjuicio, para los ausentes, de su posible ejercicio desde la publicación del acuerdo o desde la notificación a que se refieren los artículos 348 de la Ley de Sociedades de Capital y 205 del Reglamento del Registro Mercantil. No puede confundirse, como hace el recurso, el ejercicio del derecho de separación con la notificación que ha de realizarse a la sociedad afectada para que se ponga en marcha el mecanismo de reconocimiento y satisfacción del crédito de separación.

Del acta de notificación que consta en el expediente resulta de modo indubitado que el socio ejerció su derecho de separación en el plazo de un mes a contar desde la celebración de la junta general y aprobación de su acta. Siendo la fecha de celebración de la junta el día 5 de septiembre de 2017 y habiéndose incorporado la carta de ejercicio el día del requerimiento a la notario autorizante, 15 de septiembre de 2017, es evidente que a partir de ese momento existe fecha fehaciente (artículo 1227 del Código Civil), así como que el ejercicio lo ha sido dentro del mes siguiente a la adopción del acuerdo.

Ciertamente en el supuesto de hecho, y tal y como resulta del acta notarial de notificación, no pudo entregarse la cédula a la persona a la que iba dirigido el requerimiento en el domicilio señalado al efecto. Ahora bien, con independencia de que la notificación debe considerarse realizada pese a la negativa de la empleada allí encontrada de hacerse cargo de la cédula (pues de otro modo la eficacia de las notificaciones dependería de la mera voluntad del notificado, *vide* artículo 202 *in fine* del Reglamento Notarial), lo cierto es que la sociedad ha tenido pleno conocimiento del ejercicio del derecho de separación al ser notificada por la registradora mercantil. Acreditado en suma en el expediente tanto el ejercicio en plazo del derecho de separación como el conocimiento por parte de la sociedad, no cabe sino desestimar el motivo de recurso.

7. Tampoco puede ser estimado el hecho de que la sociedad afirme que se encuentra obligada a la verificación contable y de que el ejercicio del derecho ha sido posterior al plazo de tres meses previsto en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil. La sociedad trata de dar al hecho de que la registradora mercantil, al llevar a cabo la notificación a que se refiere el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, haya hecho mención del artículo 359 del propio reglamento, un alcance inaceptable.

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.

La falta de un específico procedimiento reglamentario (a la espera de la aprobación de un nuevo Reglamento del Registro Mercantil), tiene como consecuencia que el registrador mercantil deba hacer uso del procedimiento previsto en el Reglamento del Registro Mercantil vigente para la designación de expertos y auditores. Más específicamente, de los trámites previstos en los artículos 350 y siguientes para la designación de auditor, especialmente los relativos a la notificación a la sociedad para que ejercite su derecho de oposición (artículo 354), si lo estima oportuno, así como aquellos en los que se prevé que el registrador verifique el cumplimiento de los requisitos legales por parte del solicitante (artículo 359).

A lo anterior hay que sumar el hecho de que el mandato que recibe el auditor de cuentas de la sociedad consistente en: «… 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.», (artículo 1.2 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), no puede confundirse con el mandato que recibe un experto independiente, que no tiene porqué ser auditor, para la determinación del valor razonable de la participación del socio que se separa (artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital). De aquí que el hecho de que la sociedad se encuentre obligada a la verificación de sus estados contables no impide, en absoluto, la procedencia de designación de un experto independiente en los supuestos en que la Ley así lo considera oportuno, como es el que da lugar a la presente.

8. Tampoco puede ser estimado el motivo que hace referencia a que el socio no ha aportado prueba alguna de su condición.

Dicha cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo en sede de recursos en materia de designación de auditores, 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).

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: copia del acta de la junta celebrada el día 5 de septiembre de 2017 de la que resulta la asistencia de la sociedad hoy solicitante en concepto de socio y con un porcentaje de capital determinado. La sociedad, por su parte, que en ningún momento discute la validez o legitimidad del acta o de su contenido, no aporta prueba alguna demostrativa de que la solicitante no ostentase la condición de socio. Las alegaciones de la recurrente intentan trasladar al peticionario de la designación de experto la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni reglamentariamente, sin poner en contradicción la ya aportada. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar, y no lo ha hecho, que quien afirma su condición de accionista no lo es, por lo que no cabe sino reconocer que está legitimado para solicitar la designación de experto.

9. Por último, no puede estimarse el motivo que hace referencia a la falta de solicitud de negociaciones por parte del socio. Como ha quedado debida-

mente expuesto, el ejercicio del derecho de separación depende exclusivamente de la voluntad del socio una vez que concurran los requisitos legalmente establecidos. Ejercitado el derecho y con el fin de determinar el crédito de separación (artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital), la Ley proporciona al socio la posibilidad de que acuda al registrador mercantil a fin de que designe experto independiente si no llega a un acuerdo con la sociedad.

Si las partes llegan a un acuerdo se satisfará el crédito de separación autorizándose la oportuna escritura de transmisión de participaciones sociales o de reducción de capital, previo pago de la cantidad acordada conforme a la previsión de los artículos 349, 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital.

Si no existe acuerdo y existe informe de experto independiente se procederá en la forma prevista en los artículos citados y en el artículo 356.2 para el caso de que sea precisa la consignación de la cantidad fijada por el experto.

El ordenamiento pues, contempla tanto la existencia de posible acuerdo entre las partes como su inexistencia, pero sin hacer depender el ejercicio de la facultad de solicitar designación de experto de requisito alguno. La mera presentación de la solicitud ante el registrador mercantil es prueba inequívoca de la voluntad del socio de que sea un experto independiente el que lleve a cabo la determinación del valor razonable. El ejercicio del derecho individual de separación suele ser la culminación de un periodo de conflicto entre el socio y la sociedad e incluso, cuando no es así, supone un evidente elemento de tensión entre las partes interesadas. Pretender que en esta situación la Ley imponga un periodo de conversaciones previas ni es conforme con su espíritu ni con su intención. Someter al socio que ejerce su derecho a un trámite no regulado en modo alguno, no lleva sino a la postergación del ejercicio de su derecho y a la sumisión a la voluntad de la sociedad que puede retrasar la satisfacción del socio sin causa que lo justifique. Quedaría así en manos de la sociedad el ejercicio de un derecho que el ordenamiento reconoce al socio sin que resulte para este, beneficio alguno.

En el supuesto de hecho resulta patente la voluntad del socio de que su participación en la sociedad sea objeto de valoración por un tercero, por un experto independiente designado por el registrador mercantil, así como es patente que la sociedad no acepta la propuesta de valoración llevada a cabo por el socio que se separa. Pretender en estas circunstancias imponer unos trámites adicionales no puede merecer amparo de esta Dirección, una vez constatado el cumplimiento por el socio de los requisitos que le legitiman para el ejercicio de su derecho de separación.

Si la sociedad considera que de los anteriores actos puede derivarse una actuación no conforme con las exigencias de la buena fe, debe acudir a las instancias legalmente establecidas. Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como parece pretender la sociedad recurrente. 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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Tenerife n.º 2, doña Ana Margarita López Rubio de fecha 27 de diciembre 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 febrero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora mercantil de Tenerife.

Resolución de 22 de febrero de 2018 (2.ª)

En el expediente 10/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Supermercado La Quinta Park, S.A.»

HECHOS

I

Don …., actuando como administrador de la sociedad Breogan S.L., presentó un escrito de fecha 14 de noviembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Santa Cruz de Tene-

rife, en el que tuvo su entrada el día 17 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de «Supermercado La Quinta Park, 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 la sociedad celebró junta general ordinaria el día 5 de septiembre de 2017 a la que asistió la sociedad solicitante como titular de un 20,69% del capital social. Que en el orden del día contenido en la convocatoria de la junta constaba el primer punto relativo a: «Aprobación, si procede, de las cuentas anuales y propuesta de aplicación del resultado del ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2016, y aprobación, si procede, de la gestión del órgano de administración en ese periodo.» En cuanto al segundo punto del orden del día, se refiere a: «Aprobación, si procede, de la propuesta de aplicación de resultados.» Resulta igualmente que la propuesta de distribución del resultado es a compensación de pérdidas de ejercicios anteriores. Resulta que el representante de la hoy solicitante propone a la junta que se destine la totalidad del beneficio a reparto de dividendo, propuesta que es rechazada por la mayoría social. A continuación, se procede a la votación de la propuesta inicial que es aprobada por la mayoría social y con el voto en contra de la sociedad hoy solicitante.

Las anteriores circunstancias resultan del acta de la junta celebrada en la fecha indicada y que consta incorporada al acta a que se refiere el siguiente epígrafe.

b) Por medio de acta notarial de fecha 15 de septiembre de 2017 autorizada por la notaria de Puerto de la Cruz, doña Jezabel Rodríguez Jato, la sociedad hoy solicitante la requiere para que entregue una carta de fecha 12 de septiembre de 2017 dirigida a la sociedad Supermercado la Quinta Park S.A., en la que ejerce su derecho de separación y lleva a cabo una propuesta de valoración de sus acciones.

De copia del acta, que consta en el expediente, resulta que la notaria autorizante acepta el requerimiento, que el día 19 de septiembre se persona en el domicilio indicado en cuyo mostrador, tras preguntar por los requeridos se le contesta que se ignora si están en las instalaciones, llamando por teléfono para verificarlo y, tras afirmar que no se encuentran en las instalaciones del hotel, no se hacen cargo de la cédula de notificación. Por nueva diligencia de fecha 22 de septiembre de 2017, la notaria autorizante se persona en la oficina de correos para remitir la carta y documentación por correo certificado. Por nueva diligencia se hace constar que la carta fue devuelta y no fue retirada en la oficina correspondiente.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que no se cumple el requisito previsto en el artículo 348 bis de que el beneficio provenga de la explotación ordinaria del objeto social por cuanto el beneficio obtenido en el ejercicio proviene del cobro de un deudor que figuraba provisionado en balance desde el ejercicio 2014, dando como resultado un ingreso extraordinario. Que la Ley de Sociedades de Capital no aporta una definición de beneficio propio de explotación por lo que hay que guiarse por el plan general contable que aporta unos parámetros que aproximan al beneficio propio de la explotación del objeto social pues si define lo que constituye un beneficio extraordinario. De conformidad con el Plan General de Contabilidad de 1990, se 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 será extraor-

dinario si se origina por hechos o transacciones que cumplan las siguientes condiciones: que caigan fuera de las actividades ordinarias y típicas de la empresa; que no se espere, razonablemente, que ocurran con frecuencia. El nuevo Plan General aprobado por RD 1514/2007, contempla en sustitución, la cuenta ingresos excepcionales que son definidos como beneficios e ingresos de carácter excepcional y cuantía significativa, encontrándose entre ellos los procedentes de créditos que en su día fueron amortizados por insolvencias firmes. 2.º Que de la documentación facilitada se desprende que el solicitante no ha ejercitado su derecho en el plazo de un mes a contar desde la celebración de la junta general. Así resulta de las diligencias notariales que se dirigieron a unas oficinas en las que no se encontraban las personas que ostentaban la representatividad de la empresa. Tampoco resulta que el notario inquiera sobre su paradero; en definitiva, no queda acreditado que se haya intentado notificar a los representantes de la entidad. 3.º Que la sociedad ya tiene designado un auditor para la verificación de las cuentas anuales y ha transcurrido el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio por lo que, dado que en la comunicación del Registro se especifica que se lleva a cabo en base a lo dispuesto en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, no procede nombramiento alguno. 4.º El solicitante no aporta prueba alguna de la participación que ostenta en la sociedad.

III

La registradora mercantil de Tenerife n.º 2, doña Ana Margarita López Rubio dictó resolución en fecha 27 de diciembre 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 por acreditarse los requisitos que para ellos exige la Ley.

IV

Doña …, presidente del consejo de administración de la sociedad, por escrito de fecha 17 de enero de 2018, 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, lo siguiente: «1.º Que un ingreso extraordinario no puede configurarse dentro de los resultados ordinarios de explotación. 2.º Que el socio instante no negoció en ningún momento con la sociedad la designación de un auditor para que se llevase a cabo la determinación del valor real de su participación. Que la parte entiende que no ha obrado de buena fe pues no ha propuesto un auditor para valorar sus acciones y la valoración propuesta está fuera del valor real o de mercado, por lo que no puede hablarse de que haya una falta de acuerdo con el socio que ni siquiera ha propuesto la designación de un auditor.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y 8 y 16 de enero de 2018.

1. Celebrada junta general ordinaria de una sociedad anónima y sometida a votación la propuesta de aplicación del resultado, se aprueba el destino a compensación de pérdidas anteriores del beneficio obtenido por la mayoría social, con el voto en contra del hoy solicitante. El socio hoy instante, solicitó expresamente que el beneficio se destinase al reparto de dividendo, propuesta que fue rechazada por la mayoría social.

Ejercitado el derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad se opone a la procedencia del derecho de separación y a la designación de experto independiente, articulando su posición en los siguientes motivos, tal y como resulta de los hechos expuestos: En primer lugar, porque el beneficio no obedece a la explotación ordinaria del objeto social. Segundo, porque el ejercicio del derecho ha sido extemporáneo al no haber recibido la sociedad la notificación pertinente. Tercero, porque la sociedad ya tiene designado auditor para la verificación de las cuentas anuales. Cuarto, porque el solicitante no ha aportado prueba de su participación en la sociedad. Y quinto, porque el solicitante no ha intentado negociar con la sociedad y no ha propuesto un auditor (sic), para la determinación del valor razonable de sus acciones lo que implica que no ha actuado de buena fe.

2. Ninguno de los motivos expuestos enerva el derecho de separación ejercido por el socio al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

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 confi-

guración 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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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 divi-

dendo (…) 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. En el supuesto que da lugar a la presente la sociedad alega que los beneficios obtenidos no tienen el carácter de repartibles por tener la condición de extraordinarios o excepcionales y no obedecer, en consecuencia, a la explotación del objeto social.

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 (sección15.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.

En el supuesto que da lugar a la presente, resulta evidente que la sociedad recurrente conoce la doctrina expuesta, como resulta evidente que no consigue acreditar que el beneficio no repartido tenga el carácter extraordinario o excepcional que excluya el derecho de separación. La recurrente se limita a afirmar que el beneficio obedece en su integridad al cobro de un crédito provisionado en cuentas desde el ejercicio 2014, de donde deduce su carácter extraordinario. Esta Dirección no puede compartir semejante afirmación pues no sólo no se ha aportado al expediente prueba alguna que acredite la afirmación de la sociedad, es que tampoco se ha justificado que el importe sea de una cuantía significativa en relación a la cifra de negocios ni que se trate de una actividad ajena al desarrollo del objeto social. Es cierto que el Plan Gene-

ral Contable, como ha quedado expuesto, incluye entre los ingresos excepcionales los procedentes de créditos por insolvencias firmes, pero esta circunstancia no resulta tampoco acreditada por la sociedad.

6. La sociedad se opone al reconocimiento del derecho de separación y afirma que ha sido ejercitado fuera de plazo porque los intentos de notificar a la administración de la sociedad resultaron infructuosos. El argumento es insostenible porque confunde reiteradamente el ejercicio del derecho de separación a que se refiere el precepto con la notificación a la sociedad del hecho del ejercicio. Como resulta del número dos del artículo 348 bis: «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.». Como ha quedado expuesto el Tribunal Supremo (Sentencia núm. 32/2006 de 23 enero), tiene declarado que: «El derecho de separación … nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (artículo 54.3 LSRL), que no es necesaria cuando sea notarial (art. 55.1 y 2 de la misma Ley) y no requiere que la sociedad lo acepte…». Y más adelante que: «Tal declaración puede realizarse en tanto no transcurra un mes contado desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación», ambas posibilidades a llevar a efecto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97.1.I.»

Resulta en consecuencia indubitado que el ejercicio del derecho de separación debe llevarse a cabo en el plazo de un mes desde la aprobación del acuerdo a que se refiere el artículo 348 bis o desde la aprobación del acta de la junta si se realiza con posterioridad, sin perjuicio, para los ausentes, de su posible ejercicio desde la publicación del acuerdo o desde la notificación a que se refieren los artículos 348 de la Ley de Sociedades de Capital y 205 del Reglamento del Registro Mercantil. No puede confundirse, como hace el recurso, el ejercicio del derecho de separación con la notificación que ha de realizarse a la sociedad afectada para que se ponga en marcha el mecanismo de reconocimiento y satisfacción del crédito de separación.

Del acta de notificación que consta en el expediente resulta de modo indubitado que el socio ejerció su derecho de separación en el plazo de un mes a contar desde la celebración de la junta general y aprobación de su acta. Siendo la fecha de celebración de la junta el día 5 de septiembre de 2017 y habiéndose incorporado la carta de ejercicio el día del requerimiento a la notario autorizante, 15 de septiembre de 2017, es evidente que a partir de ese momento existe fecha fehaciente (artículo 1227 del Código Civil), así como que el ejercicio lo ha sido dentro del mes siguiente a la adopción del acuerdo.

Ciertamente en el supuesto de hecho, y tal y como resulta del acta notarial de notificación, no pudo entregarse la cédula a la persona a la que iba dirigido el requerimiento en el domicilio señalado al efecto. Ahora bien, con independencia de que la notificación debe considerarse realizada pese a la negativa del empleado allí encontrado de hacerse cargo de la cédula (pues de otro modo la eficacia de las notificaciones dependería de la mera voluntad del notificado,

vide artículo 202 *in fine* del Reglamento Notarial), lo cierto es que la sociedad ha tenido pleno conocimiento del ejercicio del derecho de separación al ser notificada por la registradora mercantil. Acreditado en suma en el expediente tanto el ejercicio en plazo del derecho de separación como el conocimiento por parte de la sociedad, no cabe sino desestimar el motivo de recurso.

7. Tampoco puede ser estimado el hecho de que la sociedad tenga designado auditor para la verificación de sus cuentas anuales. La sociedad trata de dar al hecho de que la registradora mercantil, al llevar a cabo la notificación a que se refiere el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, haya hecho mención del artículo 359 del propio reglamento, un alcance inaceptable.

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.

La falta de un específico procedimiento reglamentario (a la espera de la aprobación de un nuevo Reglamento del Registro Mercantil), tiene como consecuencia que el registrador mercantil deba hacer uso del procedimiento previsto en el Reglamento del Registro Mercantil vigente para la designación de expertos y auditores. Más específicamente, de los trámites previstos en los artículos 350 y siguientes para la designación de auditor, especialmente los relativos a la notificación a la sociedad para que ejercite su derecho de oposición (artículo 354), si lo estima oportuno, así como aquellos en los que se

prevé que el registrador verifique el cumplimiento de los requisitos legales por parte del solicitante (artículo 359).

A lo anterior hay que sumar el hecho de que el mandato que recibe el auditor de cuentas de la sociedad consistente en: «…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.», (artículo 1.2 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), no puede confundirse con el mandato que recibe un experto independiente, que no tiene porqué ser auditor, para la determinación del valor razonable de la participación del socio que se separa (artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital). De aquí que el hecho de que la sociedad disponga de auditor de cuentas para la verificación de sus estados contables no impide, en absoluto, la procedencia de designación de un experto independiente en los supuestos en que la Ley así lo considera oportuno, como es el que da lugar a la presente.

8. Tampoco puede ser estimado el motivo que hace referencia a que el socio no ha aportado prueba alguna de su condición.

Dicha cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo en sede de recursos en materia de designación de auditores, 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).

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: copia del acta de la junta celebrada el día 5 de septiembre de 2017 de la que resulta la asistencia de la sociedad hoy solicitante en concepto de socio y con un porcentaje de capital determinado. La sociedad, por su parte, que en ningún momento discute la validez o legitimidad del acta o de su contenido, no aporta prueba alguna demostrativa de que la solicitante no ostentase la condición de socio. Las alegaciones de la recurrente intentan trasladar al peticionario de la designación de experto la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni reglamentariamente, sin poner en contradicción la ya aportada. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar, y no lo ha hecho, que

quien afirma su condición de accionista no lo es, por lo que no cabe sino reconocer que está legitimado para solicitar la designación de experto.

9. Por último, no puede estimarse el motivo que hace referencia a la falta de solicitud de negociaciones por parte del socio. Como ha quedado debidamente expuesto, el ejercicio del derecho de separación depende exclusivamente de la voluntad del socio una vez que concurran los requisitos legalmente establecidos. Ejercitado el derecho y con el fin de determinar el crédito de separación (artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital), la Ley proporciona al socio la posibilidad de que acuda al registrador mercantil a fin de que designe experto independiente si no llega a un acuerdo con la sociedad.

Si las partes llegan a un acuerdo se satisfará el crédito de separación autorizándose la oportuna escritura de transmisión de participaciones sociales o de reducción de capital, previo pago de la cantidad acordada conforme a la previsión de los artículos 349, 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital.

Si no existe acuerdo y existe informe de experto independiente se procederá en la forma prevista en los artículos citados y en el artículo 356.2 para el caso de que sea precisa la consignación de la cantidad fijada por el experto.

El ordenamiento pues, contempla tanto la existencia de posible acuerdo entre las partes como su inexistencia, pero sin hacer depender el ejercicio de la facultad de solicitar designación de experto de requisito alguno. La mera presentación de la solicitud ante el registrador mercantil es prueba inequívoca de la voluntad del socio de que sea un experto independiente el que lleve a cabo la determinación del valor razonable. El ejercicio del derecho individual de separación suele ser la culminación de un periodo de conflicto entre el socio y la sociedad e incluso, cuando no es así, supone un evidente elemento de tensión entre las partes interesadas. Pretender que en esta situación la Ley imponga un periodo de conversaciones previas ni es conforme con su espíritu ni con su intención. Someter al socio que ejerce su derecho a un trámite no regulado en modo alguno, no lleva sino a la postergación del ejercicio de su derecho y a la sumisión a la voluntad de la sociedad que puede retrasar la satisfacción del socio sin causa que lo justifique. Quedaría así en manos de la sociedad el ejercicio de un derecho que el ordenamiento reconoce al socio sin que resulte para este, beneficio alguno.

En el supuesto de hecho resulta patente la voluntad del socio de que su participación en la sociedad sea objeto de valoración por un tercero, por un experto independiente designado por el registrador mercantil, así como es patente que la sociedad no acepta la propuesta de valoración llevada a cabo por el socio que se separa. Pretender en estas circunstancias imponer unos trámites adicionales no puede merecer amparo de esta Dirección, una vez constatado el cumplimiento por el socio de los requisitos que le legitiman para el ejercicio de su derecho de separación.

Si la sociedad considera que de los anteriores actos puede derivarse una actuación no conforme con las exigencias de la buena fe, debe acudir a las instancias legalmente establecidas. Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como parece pretender la sociedad recurrente. 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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Tenerife n.º 2, doña Ana Margarita López Rubio de fecha 27 de diciembre 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 febrero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora mercantil de Tenerife.

Resolución de 22 de febrero de 2018 (3.ª)

En el expediente 11/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Arbopagón, S.L.»

HECHOS

I

Don …., doña …., doña …. y doña …. presentaron un escrito de fecha 5 de diciembre 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de «Arbopagón, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de sus participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta:

a) Que la junta general ordinaria de la sociedad se convocó para celebrarse el día 14 de agosto de 2017 con un orden del día en el que, como primer punto, se hacía constar la aprobación, si procede, de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016. De copia del acta de la junta, que se acompaña, resulta que por parte de los ahora solicitantes se vota en contra del punto primero del orden del día por desacuerdo con la gestión constando que, de acuerdo con el artículo 348, manifiestan su derecho a la separación de la sociedad por falta de distribución de dividendos. Del informe de auditoría, que se acompaña, y de las cuentas que forman parte del mismo, resulta que la cuenta de pérdidas y ganancias presentaba un resultado positivo y que de la memoria resultaba una propuesta de aplicación del resultado que lo destinaba en parte a reservas y en parte a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores.

b) Los solicitantes notificaron a la sociedad por carta fechada el día 7 de septiembre de 2017 y remitida por burofax entregado el día siguiente, el ejercicio de su derecho de separación, reiterando lo expresado en la junta general por falta de distribución de beneficios correspondientes al ejercicio 2016. Con posterioridad, el día 17 de noviembre de 2017, remitieron nuevo burofax a la sociedad en el que proponen una valoración de sus participaciones, así como el nombre de un experto para que lleve a cabo una valoración.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, el día 27 de diciembre de 2017, en base al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil en cuanto a los plazos de recurso, aportando copia del acta de la celebración de la junta general y de acuerdo con el artículo 348 bis.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El registrador mercantil de Pontevedra n.º 1, don Vicente Artime Cot dictó resolución en fecha 3 de enero de 2018 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. El registrador mercantil fundamenta su resolución en contestación a la oposición de la sociedad en que el artículo 348 bis no exige un plazo determinado para que los solicitantes puedan presentar su solicitud, pero si para el ejercicio del derecho, plazo que se entiende cumplido conforme a Ley. Finaliza el registrador afirmando que los solicitantes reúnen todos los requisitos

derivados del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, ejercieron el derecho de separación en la misma junta y notificaron a la sociedad en fecha 7 de septiembre de 2017 dicho ejercicio, cumpliendo además con la exigencia del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto han notificado un valor a la sociedad y han propuesto el nombre de un experto.

IV

Don …., como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 23 de enero de 2018, que tuvo entrada en el Registro el día 25 inmediato posterior interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los, resumidamente, siguientes argumentos: «1.º Que en caso de oposición de la sociedad el registrador no tiene competencia para entrar a conocer sobre la congruencia de las causas legales que fundamentan el derecho de separación por ser cuestión que debe resolverse en el orden jurisdiccional. 2.º Que no se dan los requisitos fijados en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital para el ejercicio del derecho de separación por cuanto los solicitantes se limitaron a votar en contra del acuerdo de aprobación de las cuentas anuales por desacuerdo en la gestión, pero no votaron a favor de la distribución de los beneficios sociales, que es lo exigido por el artículo. A lo anterior se añade que no ejercitaron su derecho en el plazo legalmente establecido. Que si bien es cierto que remitieron un burofax el día 7 de septiembre de 2017, su posterior solicitud de designación de experto finalizó con la resolución contraria del registrador de fecha 10 de octubre de 2017 que rechazaba su solicitud por no resultar acreditada la comunicación acerca del procedimiento de valoración, la persona que deba realizarla o el propio valor de las participaciones, resolución que devino firme al no haber interpuesto recurso contra la misma. De lo anterior resulta que la notificación de fecha 7 de septiembre de 2017 no cumplía los requisitos legales por lo que hay que tenerla por no hecha sin que pueda subsanarse con la posterior de 17 de noviembre de 2017, realizada fuera del plazo establecido en el artículo 348 bis. 3.º Que la resolución impugnada, al apartarse de lo ya decidido en la resolución de 10 de octubre de 2017, infringe el principio de seguridad jurídica que impide al registrador variar o revisar las resoluciones definitivas y firmes.»

Notificados los instantes de la interposición del recurso, presentan escrito de alegaciones de fecha 14 de febrero de 2018, en el que hacen constar, resumidamente, lo siguiente: «1.º Que sorprende que se cuestione la competencia del registrador mercantil para resolver el procedimiento; que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha afirmado la incontestable competencia de los registradores que les deriva del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria. Que el título IX de la Ley de Sociedades de Capital distingue en sus tres capítulos la separación y exclusión, así como las normas comunes, regulando en este último cómo proceder cuando no hay acuerdo entre las partes. Que ejercitado el derecho de separación, derecho que no depende la voluntad de la sociedad, la regulación se resuelve en la reducción del capital o en la adquisición de la participación del separado, previendo la norma que en caso de discrepancia sea el registrador mercantil el encargado de designar a un experto independiente. En consecuencia, la designación es consecuencia de la pérdida de la condición de socio y de la inexistencia de acuerdo entre las partes. Que no existe contienda judicial alguna entre la parte y la sociedad, sin perjuicio del derecho que corresponde a esta última a instarlo si no está de acuerdo con las resoluciones del registrador mercantil o de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Que la resolución de 28 de noviembre de esta última resuelve en este mismo sentido dejando clara tanto la competencia del registrador como de la propia

Dirección General de los Registros y del Notariado en apelación. 2.º Que consta con claridad el cumplimiento de los requisitos exigidos para el ejercicio del derecho de separación y para la solicitud de designación de experto independiente: de las cuentas anuales resulta, en el punto 3 de la memoria, la existencia de beneficios y la propuesta de destinarlos a compensación de pérdidas de ejercicios anteriores. En el acta de la junta de socios consta que los instantes votaron en contra de las cuentas anuales y ejercieron su derecho de separación lo que fue reiterado en el burofax remitido el día 7 de septiembre de 2017, confundiendo la sociedad el momento de ejercicio del derecho con el momento de la solicitud de designación de experto, que no está sujeto a plazo alguno, tal y como afirma el registrador en su escrito. 3.º Que la parte instó del registrador mercantil el día 13 de septiembre de 2017 la designación de experto independiente, solicitud que no fue estimada por considerar el registrador que no se había acreditado la comunicación acerca del procedimiento de valoración, de la persona que debía valorar o del valor atribuido, sin que dicha resolución fuera recurrida por ser constante la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que entiende que el recurso no es la vía adecuada para subsanar defectos y que en la tramitación del recurso no pueden subsanarse los defectos señalados. Por este motivo se ha llevado a cabo una nueva petición aportando el burofax de 17 de noviembre de 2017 del que resulta la celebración de una reunión el día 22 de septiembre sobre la designación de experto, la reunión de 27 de septiembre de 2017 sobre el importe solicitado y la concesión de un nuevo plazo de cinco días para alcanzar un acuerdo sobre la valoración de la participación en la sociedad. Que la existencia de una anterior petición no impide esta última sin que el transcurso del plazo de un mes previsto para el ejercicio del derecho de separación impida la nueva petición una vez acreditados los presupuestos para la solicitud de designación de experto independiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y 8 y 16 de enero de 2018.

1. Ejercitado el derecho de separación por cuatro socios de la sociedad al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, su petición de designación de experto independiente fue rechazada por el registrador mercantil en resolución de fecha 10 de octubre de 2017, pese a reconocer el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del derecho de separación, por no acreditarse la comunicación a la sociedad, conforme al artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, acerca del procedimiento de

valoración de la participación social, de la persona que deba llevarla a cabo o de la valoración que se le atribuye. Los socios habían acompañado un burofax de fecha 7 de septiembre de 2017 dirigido a la sociedad del que resultaba tanto el ejercicio del derecho de separación como la propuesta de conversaciones a fin de alcanzar un acuerdo sobre la valoración de la participación y, en su defecto, para designar un perito que la llevase a cabo advirtiendo de que en caso de desacuerdo acudirían al procedimiento previsto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Con posterioridad, los instantes vuelven a solicitar del registrador mercantil, dando lugar al expediente que da lugar a la presente, que designe experto independiente acompañando nueva documentación: burofax del día 17 de noviembre de 2017, del que resulta que han propuesto a la sociedad tanto un valor específico sobre su participación en la sociedad, como, en su defecto, la designación de una persona concreta para llevar a cabo la valoración.

La sociedad se opone a la designación pos tres motivos: Porque existiendo oposición de la sociedad, el registrador carece de competencia; porque no se dan los requisitos para el ejercicio del derecho de separación por cuanto por un lado, consta que los solicitantes votaron en contra de la propuesta de aprobación de las cuentas del ejercicio 2016 pero no a favor de la distribución del dividendo y porque el burofax de 17 de noviembre de 2017, realizado una vez transcurrido el plazo de un mes previsto en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, no puede subsanar las deficiencias advertidas en la resolución del registrador mercantil. Finalmente, el recurrente considera que se viola el principio de seguridad jurídica al apartarse la resolución impugnada de la anterior que había devenido 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 concurran las circunstancias previstas en la Ley (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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. Ninguno de los motivos en que se fundamenta el escrito de recurso permite considerar enervado el derecho de los socios a separarse de la sociedad en los términos previstos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

En primer lugar, porque resulta patente la competencia para instruir y resolver el expediente aún a pesar de la existencia de oposición por parte de la sociedad. 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 (artículo 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 (artículo 353 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (artículos 169 y 171), ya para reducir el capital social (artículos 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 (artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 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 imbricación en el orden 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, 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 procedi-

miento 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 (artículo 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).

6. Tampoco puede estimarse el motivo que hace referencia a que no se dan los presupuestos del artículo 348 bis para ejercer el derecho de separación porque los socios no votaron explícitamente a favor del reparto de dividendo.

La afirmación es insostenible. Como resulta de los hechos, en la junta general en la que se aprobaron las cuentas correspondientes y la propuesta de aplicación del resultado, los hoy instantes solicitaron expresamente el reparto de dividendo, solicitud que fue rechazada, y votaron en contra de la aplicación propuesta por la administración.

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 (artículos 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 (artículo 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.»

El ejercicio del derecho contemplado en el artículo 348bis 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. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto. Resultando así del supuesto de hecho en los términos que han quedado expuestos, no queda sino desestimar el motivo de recurso.

7. Por último, la sociedad entiende que solicitada en su día la designación por los hoy instantes y rechazada por el registrador mercantil en fecha 10 de octubre de 2017, la nueva solicitud llevada a cabo una vez hecho el requerimiento de fecha 17 de noviembre de 2017, impide la tramitación al haberse llevado a cabo fuera de plazo y porque, siendo la resolución de aquella fecha firme en vía administrativa, no cabe nueva resolución.

La argumentación de la sociedad recurrente no es aceptable por cuanto confunde el ejercicio del derecho de separación con el ejercicio del derecho a solicitar del registrador mercantil la designación de un experto independiente para la determinación del valor razonable de la participación del socio. Como resulta de los hechos, los socios han ejercido su derecho de separación, que no depende de la sociedad, en los términos exigidos por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Así resulta de la resolución del registrador mercantil de 10 de octubre de 2017 que, aceptando que el derecho de separación

ejercitado cumple con todos los requisitos legalmente exigibles, solamente rechaza la designación de experto por considerar que no se han cumplido los requisitos que para ello exige el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Los socios ejercientes del derecho de separación llevan a cabo las acciones solicitadas por el registrador mercantil y presentan nueva solicitud de designación de experto independiente que es, en esta ocasión, plenamente aceptada. Nótese que de seguirse la tesis del recurrente se dejaría no resuelta la situación en que, habiéndose reconocido el ejercicio del derecho de separación y no existiendo acuerdo sobre la designación de experto, determinación del sistema de valoración o valor de la participación del socio que se separa, se carecería de instrumento procedimental para darle solución. No es esta, evidentemente, la intención del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital que pretende exactamente lo contrario.

De lo anterior no resulta, como pretende el recurso, situación alguna de indefensión. 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 (los socios solicitaron el reparto de dividendo, lo que no fue aceptado por le ajunta general y votaron en contra de la propuesta de aplicación del beneficio), por lo que no cabe reconocer la existencia de un motivo indefensión. Es cierto que la resolución de 10 de octubre de 2017 devino firme al no ser objeto de impugnación, pero esa firmeza se refiere exclusivamente a la inviabilidad de dar cauce a la solicitud de designación de experto en los términos en que se había solicitado sin cerrar la posibilidad de una nueva solicitud basada en términos diferentes. Por otro lado, es preciso recalcar que la resolución también devino firme en cuanto reconoce explícitamente la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital para el ejercicio del derecho de separación, circunstancia esta que no impugno la sociedad hoy recurrente.

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 ha tenido pleno 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.

Establecido lo anterior y desestimado el motivo, esta Dirección General entiende que es preciso exponer su doctrina sobre la necesidad o no de que en la instancia por la que se solicita la designación de experto independiente, se justifique la inexistencia de acuerdo en las cuestiones a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital *(vide* resoluciones de 4 de diciembre de 2017 y de 22 de enero de 2018).

Como ha quedado debidamente expuesto, el ejercicio del derecho de separación depende exclusivamente de la voluntad del socio una vez que concurran los requisitos legalmente establecidos. Ejercitado el derecho y con el fin de determinar el crédito de separación (artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital), la Ley proporciona al socio la posibilidad de que acuda al registrador mercantil a fin de que designe experto independiente si no llega a un acuerdo con la sociedad.

Si las partes llegan a un acuerdo se satisfará el crédito de separación autorizándose la oportuna escritura de transmisión de participaciones sociales o de reducción de capital, previo pago de la cantidad acordada conforme a la previsión de los artículos 349, 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital.

Si no existe acuerdo y existe informe de experto independiente se procederá en la forma prevista en los artículos citados y en el artículo 356.2 para el caso de que sea precisa la consignación de la cantidad fijada por el experto.

El ordenamiento pues, contempla tanto la existencia de posible acuerdo entre las partes como su inexistencia, pero sin hacer depender el ejercicio de la facultad de solicitar designación de experto de requisito alguno. La mera presentación de la solicitud ante el registrador mercantil es prueba inequívoca de la voluntad del socio de que sea un experto independiente el que lleve a cabo la determinación del valor razonable. El ejercicio del derecho individual de separación suele ser la culminación de un periodo de conflicto entre el socio y la sociedad e incluso, cuando no es así, supone un evidente elemento de tensión entre las partes interesadas. Pretender que en esta situación la Ley imponga un periodo de conversaciones previas ni es conforme con su espíritu ni con su intención. Someter al socio que ejerce su derecho a un trámite no regulado en modo alguno, no lleva sino a la postergación del ejercicio de su derecho y a la sumisión a la voluntad de la sociedad que puede retrasar la satisfacción del socio sin causa que lo justifique. Quedaría así en manos de la sociedad el ejercicio de un derecho que el ordenamiento reconoce al socio sin que resulte para este, beneficio alguno. En definitiva, el procedimiento de designación de experto independiente a que se refiere el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil debe tramitarse sin necesidad de exigir al

solicitante que acredite la existencia de conversaciones o propuestas previas a la sociedad pues la mera presentación de la solicitud es prueba suficiente de la voluntad del socio que se separa de que sea un experto independiente el que lleve a cabo la determinación del valor razonable de su participación en la sociedad, de acuerdo al procedimiento que estime más conforme con la situación.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Pontevedra n.º 1, don Vicente Artime Cot de fecha 3 de enero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 febrero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Pontevedra.

Resolución de 28 de febrero de 2018

En el expediente 15/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de socios de «Suavizantes y Plastificantes Bituminosos, S.L.»

HECHOS

I

Don …., como administrador de la sociedad Capalson S.L., y don …., como administrador de la sociedad Juancamarlu S.L., presentaron un escrito de fecha 7 de diciembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 11 inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios sus representadas de «Suavizantes y Plastificantes Bituminosos, 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 día 7 de septiembre de 2017 se celebró junta general de la sociedad en cuya convocatoria y como orden del día resultaba lo siguiente: «Primero. Aplicación del resultado del ejercicio social cerrado el 31 de diciembre de 2016 de acuerdo con el balance aprobado en la junta general celebrada el 30 de junio de 2017». De la diligencia de presencia contenida en el acta de junta autorizada por la notaria de Cheste doña Blanca del Rio Ayala en dicha fecha, copia de la cual consta en el expediente, resulta que se constituye la junta general de la sociedad con la presencia del 100% del capital social. En relación al primer punto del orden del día se propone por el administrador aplicar el resto del beneficio, más allá del dividendo que se entregó a cuenta a los socios, a reservas voluntarias. Sometido a votación es aprobada la propuesta. Los representantes de las sociedades ahora solicitantes, tras votar en contra, se reservan el derecho a ejercer las acciones judiciales correspondientes y en concreto las que se deriven del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Se protocoliza en el acta documento del administrador de la sociedad del que resulta: que si bien las cuentas anuales fueron aprobadas en la junta general de 30 de junio de 2017, no ocurrió así con la propuesta de aplicación del resultado que contemplaba el destino a dividendo de un tercio del beneficio obtenido. La propuesta fue rechazada por no alcanzarse el 60% del voto favorable exigida por el artículo 12 de los estatutos sociales. Como un 25% del beneficio (1.096.734 euros), se había entregado como dividendo a cuenta (durante los meses de agosto de 2016 y febrero de 2017), se propone destinar a reservas el resto (3.290.200 euros), por requerir dicho acuerdo una mayoría ordinaria. De las cuentas anuales incorporadas al informe de verificación que a su vez se incorpora al acta notarial, resulta que del beneficio obtenido ascendente a 4.386.934 euros se propone aplicar a reservas voluntarias la cantidad de 2.924.622 euros y a dividendo la cantidad de 1.462.312 euros, especificándose la existencia en el ejercicio 2016 de entrega a cuenta de dividendos.

b) Mediante carta fechada el día 21 de septiembre y que fue remitida por burofax el día 26 inmediato posterior los ahora solicitantes, entre otras cuestiones que no son de relieve para la presente, notifican a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación ofreciendo la apertura de negociaciones, así como proponiendo fórmula de pago del crédito de separación.

La administración de la sociedad contesta afirmando, entre otras cosas irrelevantes para la presente, que el ejercicio del derecho de separación es ilegítimo y que la propuesta de pago es inadmisible.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión de los socios alegando: 1.º Que los socios omiten deliberadamente en su escrito que en fecha 30 de junio de 2017 se celebró una junta general en la que votaron en contra de una aplicación del resultado que contemplaba la distribución de un tercio de los beneficios del ejercicio. Que en las cuentas anuales presentadas a depósito consta que la propuesta de aplicación del resultado era en parte a reservas voluntarias y en parte a pago de dividendo siendo esta cantidad equivalente a un tercio del beneficio habida cuenta del pago a cuenta anteriormente realizado. Que los socios ahora solicitantes fueron los únicos que votaron en contra de dicha propuesta por lo que resulta evidente que no concurren los requisitos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que como consecuencia de lo anterior se celebró una nueva junta en fecha 7 de septiembre de 2017 en la que se propuso una alternativa a la aplicación del resultado que fue rechazada por los socios ahora instantes. Que la propuesta fue aprobada quedando acreditado que el 25% del resultado se

entregó a los socios como dividendo a cuenta del ejercicio con anterioridad a la celebración de la junta general, 3.º Que la sociedad notificó a los socios su rechazo al ejercicio del derecho de separación por no concurrir los presupuestos del artículo 348 bis.

Se acompaña copia del acta autorizada el día 13 junio de 2017 por la notaria de Cheste doña Blanca del Rio Ayala en cuya diligencia de fecha 30 de junio del mismo año, resulta la celebración en dicha fecha de la junta general de la sociedad a la que asistió el 100% del capital social. Resulta igualmente que el punto primero relativo a la aprobación de las cuentas anuales fue aprobado por la junta y que respecto del punto segundo relativo a la aplicación del resultado resulta que votan en contra las dos sociedades hoy instantes sin que resulte aprobada la propuesta al precisarse un quorum estatutario de votación del 60%.

III

La registradora mercantil de Valencia n.º 2, doña Laura María Cano Zamorano dictó resolución en fecha 3 de enero de 2018 por la que acordó admitir la oposición y desestimar la solicitud de nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones. La registradora fundamenta su posición en que no concurren los requisitos establecidos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital habida cuenta de que, conforme al acta notarial de la junta celebrada el día 30 de junio de 2017 y del depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, los socios solicitantes votaron en contra de la propuesta de reparto de un tercio de los beneficios obtenidos por lo que los socios no pueden actuar contra sus propios actos.

IV

Don …., en representación de las sociedades Capalson S.L. y Juancarmalu S.L., por escrito de fecha 2 de febrero de 2018, 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.ºQue consta acreditado que en la convocatoria de la junta celebrada el día 7 de septiembre de 2017 el orden del día comprendía la aplicación del resultado del ejercicio 2016 y que en dicha junta el administrador propuso destinar la cantidad de 3.290.000 euros a reservas voluntarias. Que tras el debate, la mayoría acordó repartir 0% de los beneficios obtenidos al destinar el beneficio a reservas. Que las sociedades instantes votaron en contra y manifestaron su derecho a ejercer las acciones legales que les correspondiesen incluso las derivadas del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que en ningún momento se propuso por la administración el reparto de más de un tercio de los beneficios. 2.º Que a la vista de lo anterior se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que en ningún momento ha habido ruptura del principio de no actuar contra los propios actos pues la actuación de las sociedades ha sido congruente mostrando su disconformidad con la propuesta de aplicación de la administración. Que no es posible una aplicación literal del artículo 348 bis, sino que procede interpretarlo en el sentido de que el voto en contra es equivalente al voto favorable a la distribución de beneficios en los términos establecidos en la Ley (con abundante cita de sentencias, así como de la propuesta de modificación del texto legal conforme resulta del Boletín Oficial del Congreso de los Diputados).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y 8 y 16 de enero de 2018.

1. Solicitada por dos socios de una sociedad de responsabilidad limitada la designación de experto independiente al amparo de la causa prevista en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, la registradora mercantil desestimó su solicitud. Los socios solicitantes se alzan contra la decisión de la registradora al considerar que concurren los requisitos establecidos en el precepto citado. La particularidad del supuesto de hecho es que se han producido dos juntas generales en las que se ha tratado el punto relativo a la aplicación del resultado. Con el fin de clarificar la cuestión, esta Dirección considera conveniente ordenar los hechos de la forma siguiente:

a) Resulta de acta notarial que el día 30 de junio de 2017 se celebra junta general de la sociedad. En el orden del día de dicha junta se comprendía tanto la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2016 como la propuesta de aplicación del resultado.

b) De las cuentas anuales incorporadas al informe de auditoría incorporado al acta que se dirá, resulta que del beneficio obtenido ascendente a 4.386.934 euros se propone aplicar a reservas voluntarias la cantidad de 2.924.622 euros y a dividendo la cantidad de 1.462.312 euros, especificándose la existencia en el ejercicio 2016 de entrega a cuenta de dividendos.

c) En el desarrollo de la junta, se aprueban las cuentas anuales, pero se rechaza la propuesta de distribución del dividendo por no alcanzarse el quórum estatutario de votación. Los dos socios que ahora solicitan la designación de experto votaron en contra de la propuesta.

d) Resulta de otra acta notarial que se celebró nueva junta en fecha 7 de septiembre de 2017. En dicha junta, el orden del día, por lo que ahora interesa, comprendía la propuesta de distribución del beneficio de conformidad con el balance aprobado en la anterior junta. Del documento explicativo incorporado al acta y elaborado por el administrador social resulta que: como un 25% del beneficio (1.096.734 euros), se había entregado como dividendo a cuenta (durante los meses de agosto de 2016 y febrero de 2017), se propone destinar a reservas el resto (3.290.200 euros), acuerdo que puede adoptarse por mayo-

ría ordinaria. La propuesta es aprobada con el voto en contra de los ahora solicitantes que se reservan el ejercicio de acciones, incluidas las derivadas del artículo 348 bis. Con posterioridad notifican a la sociedad el ejercicio del derecho.

La sociedad se opone al ejercicio por considerar que no concurren los requisitos establecidos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto los socios ahora solicitantes votaron en contra de la propuesta de distribución del resultado en la junta de fecha 30 de junio, propuesta que comprendía la distribución de un tercio del beneficio obtenido en forma de dividendo. La registradora mercantil estima la oposición de la sociedad por considerar que los socios no pueden ir en contra de sus propios actos. Los socios impugnan.

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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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 ordi-

naria 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, entre otras), 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. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta indiscutido que la sociedad ha repartido en forma de beneficio un 25% del resultado obtenido mediante la entrega de dividendo a cuenta. También es indiscutido que en el acuerdo adoptado el día 7 de septiembre a propuesta de la administración, la junta acuerda destinar el resto del beneficio a reservas voluntarias. También resulta que los socios ahora recurrentes votaron en contra de esta propuesta de aplicación del resultado. Así las cosas, es forzoso reconocer que se han cumplido los requisitos que para el ejercicio del derecho de separación exige el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

De los requisitos establecidos en el reiterado precepto *(vide* sentencia 81/2015 de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona,), el único que se pone en cuestión por la sociedad, así como por la resolución de la registradora es el relativo al sentido del voto de los socios ahora solicitantes. El resto de cuestiones exigidas por el precepto no están en discusión por cuanto la propia administración de la sociedad admite, en su escrito explicativo de la propuesta de aplicación del resultado llevada a la junta del día 7 de septiembre de 2017, que el reparto del dividendo asciende a un 25% del beneficio obtenido, cifra inferior a la exigida para enervar el derecho de separación.

La resolución impugnada entiende que el hecho de que los socios ahora solicitantes hubiesen votado en contra de una propuesta, no aprobada, de aplicación del resultado que comprendía una distribución del beneficio en forma de dividendo equivalente a un tercio del obtenido, impide ahora el ejercicio del derecho de separación.

Esta Dirección no puede amparar tal criterio por contrariar lo que constituye el objeto del expediente administrativo de designación de experto independiente cuya regulación se encuentra en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Con carácter expreso establece el artículo 363.1: «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.», refiriéndose los preceptos a que se remite a la solicitud de designación de auditor por parte del registrador mercantil.

Como esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones *(vide* resoluciones en materia de auditores de fechas 15 de julio y 19 de octubre de 2015, entre otras muchas), el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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).

Consecuentemente no es objeto de este expediente analizar la conducta de las partes ni mucho menos atribuirles un valor y unas consecuencias jurídicas. El objeto de esta resolución consiste estrictamente en determinar la concurrencia de los requisitos legales para el ejercicio del derecho de separación.

Cualquiera que haya sido la motivación que haya llevado a los socios ahora solicitantes a votar en contra de la propuesta de aplicación del resultado en la junta de fecha 30 de junio de 2017, lo relevante ahora es que dicha propuesta no fue aprobada. En consecuencia, no existió acuerdo social en relación a la aplicación del resultado ni de él se pueden derivar consecuencias para los ahora solicitantes (artículos 198, 199 y 202.3 de la Ley de Sociedades de Capital).

Precisamente porque no hubo acuerdo la administración social se ve abocada a convocar nueva junta y a realizar una nueva propuesta de aplicación del resultado, propuesta que no comprende la distribución de un tercio del beneficio obtenido en forma de dividendo pues, como ha reiterado la administración social, sólo se ha destinado al mismo una cantidad equivalente al 25%. Esta propuesta de aplicación del resultado es la que resulta aprobada por la junta general con el voto en contra de los ahora solicitantes lo que les legitima para el ejercicio del derecho de separación, legitimación que no queda enervada por la existencia de una anterior propuesta no aprobada. Es la propuesta llevada a la junta de fecha 7 de septiembre de 2017 la que resulta aprobada y en la que fundamentan su derecho los solicitantes (artículos 253, 272 y 273 en relación con el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital).

6. Sin perjuicio de lo anterior, esta Dirección General entiende preciso aclarar que no es aceptable la afirmación del escrito de recurso que entiende que al no haber existido acuerdo de distribución de dividendo el derecho de separación procede en todo caso. Como resulta de los hechos, ha existido reparto de dividendo a cuenta con carácter previo a la celebración de la Junta General que debía resolver sobre las cuentas anuales y la propuesta de aplicación del resultado (artículo 277 de la Ley de Sociedades de Capital). Lo que

ocurre es que la entrega a cuenta ha sido inferior al tercio del beneficio obtenido a que se refiere el artículo 348 bis y la sociedad ha aprobado una aplicación del resultado en su junta general de fecha 7 de septiembre de 2017, que no ha contemplado una distribución de dividendo hasta llegar a aquella cifra. De haberlo hecho, resultaría indiscutible que no se produciría el supuesto que legitima el ejercicio del derecho de separación pues, como ha quedado expuesto, el fundamento último de este es la inexistencia de participación en el beneficio; de darse la participación en el beneficio en la cuantía legalmente prevista es indudable que no existe el interés que la norma trata de proteger ya se haya obtenido aquella por vía de acuerdo social (artículo 273.1), ya por vía del dividendo a cuenta (artículo 277 de la Ley de Sociedades de Capital).

7. También considera oportuno esta Dirección General, dados los términos del recurso, recordar su doctrina sobre el sentido del voto del socio que ejerce el derecho de separación en relación con el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. De acuerdo con dicha doctrina, no puede afirmarse que sólo procede el derecho de separación cuando ha existido un voto favorable de los socios a la propuesta de distribución de beneficios. Tal afirmación es insostenible.

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 (artículos 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, que es el supuesto que se produce en la presente.

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 (artículo 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.»

El ejercicio del derecho contemplado en el artículo 348bis 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. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Valencia n.º 2, doña Laura María Cano Zamorano de fecha 3 de enero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 febrero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora mercantil de Valencia n.º 2.

Resolución de 13 de marzo de 2018 (1.ª)

En el expediente 13/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Hotel Restaurante Hispalis, S.L.»

HECHOS

I

Don …., en representación de don …., presentó un escrito de fecha 20 de julio de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 24 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representado de «Hotel Restaurante Hispalis, S.L.», antes Hercora Sociedad Cooperativa Andaluza, 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. La solicitud se fundamenta en los artículos 78 y 66 de la Ley y Reglamento de Sociedades Cooperativas Andaluzas y en el artículo 15 de la Ley 3/2009, de 3 de abril de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

De la solicitud y documentación que la acompaña, resulta de interés para el presente expediente lo siguiente:

a) Que la sociedad Hercora Sociedad Cooperativa Andaluza celebró junta general el día 3 de noviembre de 2015. De acta notarial de fecha 30 de octubre de 2015 autorizada por el notario de Arahai don Eduardo Fernández Medina, resulta que en fecha 3 de noviembre de 2015 se reúne la junta general con la presencia de los cuatro socios de la cooperativa; el hoy solicitante, junto al letrado firmante de la solicitud objeto de la presente. Resulta de la diligencia del acta, que la junta general, en lo que interesa a la presente, tenía como orden del día en su punto 15.º, lo siguiente: «Aprobación de la transformación de la Cooperativa a Sociedad Limitada». Resulta del acta que sometido dicho punto a votación es objeto de aprobación con el voto en contra del hoy solicitante.

b) Por medio del letrado que hoy presenta la solicitud, el socio don …., notifica a la sociedad el ejercicio del derecho de separación, incluyendo una propuesta de valoración. Así resulta de copia del burofax de fecha 20 de noviembre de 2015, entregado al día siguiente. De la solicitud resulta la afirmación de que el socio realizó una aportación mayor a la que resulta de la escritura de cesión por la que adquirió sus participaciones en la cooperativa.

c) La solicitud acompaña un escrito de 3 de diciembre por el que el letrado de la sociedad acusa recibo y acepta su baja de la cooperativa por considerarla justificada. En cuanto a la valoración y devolución del importe de sus participaciones le notifica que, de acuerdo con el artículo 37 de los estatutos sociales y 48 del Reglamento de Cooperativas, asciende a determinada cantidad que será abonada en tres anualidades de conformidad con los estatutos.

El solicitante acompaña otro escrito de fecha 1 de junio de 2017 en el que se pone de manifiesto la falta de reembolso de las participaciones por lo que se solicita convocatoria de junta, así como copia de la escritura de transformación. Acompaña otro escrito de fecha 9 de junio en el que solicita la presencia notarial en la junta a celebrar así como que, aparte de llevarse a cabo la valoración de participaciones, se debata sobre la forma de liberar al socio de determinadas deudas de la antigua sociedad cooperativa.

Se acompaña contestación de la sociedad en fecha 12 de junio por el que se pone de manifiesto que la solicitud de darse de baja de la cooperativa fue aceptada en su día, por lo que se dio de baja como socio tanto de la cooperativa como de la sociedad tras su transformación, sin perjuicio del derecho de devolución sobre su participación. Que no siendo socio carece de derechos para solicitar información u obtener copia de documentos de la sociedad y que en cuanto a la devolución de su aportación se llevará a cabo de acuerdo al artículo 37 de los estatutos sociales y 48 del reglamento de cooperativas.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad llevó a cabo su transformación mediante escritura pública de fecha 13 de mayo de 2016 en virtud de los acuerdos adoptados en la junta general de fecha 3 de noviembre de 2015. Que el señor …solicitó su baja de la cooperativa en fecha 20 de noviembre de 2015, a cuya solicitud contestó la sociedad que se llevaría a cabo de conformidad con el artículo 37 de los estatutos de la cooperativa y del artículo 48 del reglamento de cooperativas. 2.º Que no es de aplicación la Ley de Sociedades de Capital que sólo se aplica a las sociedades de dicha naturaleza conforme a su artículo 1.º. Que al tiempo de solicitar la baja la sociedad ostentaba la calidad de cooperativa, que el artículo 2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril determina que las modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas se rigen por su norma específica. Que el artículo 23 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre de Cooperativas Andaluzas regula la baja del cooperativista. Que conforme a la misma el socio notificó a la sociedad en fecha 20 de noviembre de 2015 y la sociedad acusó recibo y le notificó el valor de su participación cuyo reembolso viene regulado en el artículo 60 del texto legal, en cuyo cumplimiento la sociedad notificó la liquidación al socio. Que los artículos 25 y 48 del Decreto 123/2014, de 2 de septiembre por el que se aprueba el reglamento de la Ley de Cooperativas regulan la baja voluntaria del socio y el reembolso de sus participaciones, de la que resulta que no procede ni es precisa la designación de un auditor *(sic)* para el cálculo del valor de la participación. Que la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 confirma que el socio cooperativista no tiene derecho a un valor razonable de su participación en el capital social sino al reembolso de las aportaciones obligatorias y voluntarias realizadas. 3.º Que el solicitante solicitó su baja en la sociedad cooperativa en noviembre de 2015 por lo que, tras la transformación de la sociedad en limitada, carece de la condición de socio en la sociedad de capital por lo que no resulta de aplicación el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Trasladado el escrito de oposición a la parte solicitante, presentó alegaciones en los términos siguientes: 1.º Que la parte entiende que son de aplicación al procedimiento de transformación el artículo 78 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas y el artículo 65 del Decreto 123/2014, de 2 de septiembre de aprobación de su reglamento, cuyos apartados reenvían a la normativa estatal complementándola con unos requisitos formales y documentales. Que en el ejercicio del derecho de separación por transformación de la sociedad cooperativa en sociedad limitada (y no por baja voluntaria), se requiere el voto en contra del acuerdo y que se notifique a la sociedad la voluntad de separarse de la sociedad. Que como la legislación descrita no hace referencia a la valoración de las participaciones, y para no vaciarlo de contenido, se debe aplicar el artículo 15 de la Ley 3/2009, de 3 de abril que a su vez reenvía al artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Que la sociedad omite cualquier referencia al artículo 78 de la Ley de Cooperativas y 65 de su reglamento que son los que regulan su régimen de transformación. 2.º Que de los artículos 78 de la Ley de Cooperativas Andaluzas y 65 de su reglamento resulta que el socio disidente con la transformación ha de votar en contra y notificar a la sociedad su derecho de separación siendo en lo demás aplicable la norma estatal que es la Ley 3/2009, de 3 de abril, cuyo artículo 15 cuyo apartado 2 *in fine* se remite al régimen de las sociedades de responsabilidad limitada que no es otro que el actual artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Que la jurisprudencia citada no es de aplicación por referirse a la baja voluntaria y no al derecho de separación por transformación que tiene un régimen especial. 3.º Que el socio ostenta legitimación por cuanto el derecho de separación genera el derecho al reembolso que hasta que se produce no priva de la condición de socio. Que de otro modo ningún socio que se separase podría recabar el auxilio del Regis-

tro Mercantil. Que así lo considera la sentencia 194/2015 de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de fecha 16 de abril de 2015.»

III

El registrador mercantil de Sevilla n.º 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 28 de diciembre de 2017 por la que acordó admitir la oposición y desestimar la solicitud de nombramiento del experto solicitado.

IV

Don …., como representante de don …., por escrito de fecha 24 de enero de 2018, que tuvo entrada el día 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 346 y ss. de la Ley de Sociedades Capital; 1, 2, 15 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles; 23, 60 y 78 de la Ley 14/2011, de 23 diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas; 48 y 65 del Decreto 123/2014, de 2 septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Sociedades Cooperativas Andaluzas, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Acordada por una sociedad cooperativa andaluza su transformación en sociedad de responsabilidad limitada, el socio ahora instante votó en contra del acuerdo y notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación.

Ahora, solicita del registrador mercantil la designación de experto independiente amparándose en la previsión del artículo 15 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. La sociedad se opone por considerar no aplicable la legislación expresada sino la propia de las sociedades cooperativas. El registrador mercantil asume el argumento de la sociedad y desestima la petición. El interesado recurre.

En definitiva, la cuestión a decidir versa sobre si en el supuesto de hecho procede o no que el registrador mercantil designe experto independiente al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital o si por el contrario, al no ser de aplicación la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, no procede dicha designación.

Es necesario precisar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 15 de la Ley 3/2009, de 3 de

abril prevé para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las participaciones sociales, pero no alcanza a la resolución del resto de controversias entre las partes que resultan de los hechos. 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 (artículo 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). En consecuencia, no se realizará pronunciamiento alguno al respecto.

2. La posibilidad de que una sociedad cooperativa andaluza se transforme en una sociedad de capital está expresamente prevista en el artículo 78 de la Ley 14/2011, de 23 diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas que establece lo siguiente en su apartado primero: «Las sociedades cooperativas podrán transformarse en sociedades civiles, mercantiles, o en cualquier otra entidad de economía social, de acuerdo con lo previsto en la normativa estatal o europea aplicable y a los requisitos establecidos en el presente artículo.»

Y más adelante, en su apartado tercero: «El procedimiento para llevar a cabo la transformación será objeto de regulación reglamentaria, garantizando, en todo caso, el derecho de las personas socias a causar baja justificada, cuando concurran las circunstancias establecidas en el artículo 23.3, letras b) y c).»

De la lectura del precepto transcrito resulta tanto la posibilidad de que una sociedad sujeta a la Ley 14/2011, de 23 de diciembre se transforme en una sociedad mercantil, como la obligatoriedad de seguir el procedimiento reglamentario en el que se debe garantizar el derecho a causar baja en la sociedad cooperativa.

Respecto del concepto de baja en la sociedad cooperativa, establece su artículo 23, en su primer apartado: «La persona socia podrá causar baja voluntariamente en la sociedad cooperativa en cualquier momento mediante preaviso por escrito al órgano de administración en el plazo que fijen los estatutos, que no podrá ser superior a seis meses, salvo lo establecido en la normativa comunitaria de aplicación a las cooperativas agrarias.»

Y por lo que ahora importa, en su apartado tercero, dice así: «La baja tendrá el carácter de justificada cuando concurran las siguientes circunstancias: … b) Tratándose de la Asamblea General, haber hecho constar en acta la oposición a su celebración o el voto en contra del acuerdo, no haber asistido o haber sido privado ilegítimamente del voto. c) Que se ajuste al resto de los requisitos establecidos en esta ley y la solicitud de baja se presente en el plazo y forma que reglamentariamente se determinen.»

En consecuencia, para solicitar la baja como consecuencia del acuerdo de transformación, la Ley exige tanto el voto en contra (a salvo los supuestos de inasistencia y de privación ilegítima del voto), como la presentación en tiempo y forma.

En relación con esta última cuestión, el artículo 65 del Decreto 123/2014, de 2 septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Sociedades Cooperativas Andaluzas, en su apartado sexto establece que: «De conformidad con lo establecido en el artículo 78.3 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, las personas socias disconformes tendrán derecho a separación, cuando concurran las circunstancias establecidas en las letras b) y c) del artículo 23.3 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, mediante escrito dirigido al órgano de administración por el que se solicita la correspondiente baja, que tendrá la consideración de baja justificada.»

De la regulación expuesta resulta con claridad que el socio disconforme con el acuerdo de transformación de la sociedad cooperativa tiene derecho de separación mediante el ejercicio de la solicitud de baja en la sociedad, baja que tiene la consideración legal de justificada. La baja del socio, consecuencia de su separación de la sociedad, se resuelve en la forma contemplada en el artículo 60 de la Ley, que en su apartado primero y cuarto dice así: «Las aportaciones sociales confieren a la persona socia que las desembolsa el derecho a su reembolso en caso de baja… Las reglas para efectuar la liquidación, la forma y plazos para realizar el reembolso, así como el régimen jurídico del rehúse, se determinarán reglamentariamente…».

Por su parte el artículo 48 del reglamento establece, en su primer apartado, lo siguiente: «El órgano de administración, en el plazo de un mes desde la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio en el que la persona socia cause baja, comunicará a ésta la cantidad a reembolsar como consecuencia de la liquidación efectuada, las deducciones practicadas, de proceder éstas, y le hará efectivo el reembolso, salvo que en este último caso, y previa audiencia del interesado, el órgano de administración haga uso de la facultad de aplazamiento prevista en el apartado 2.d), cuyo cómputo se iniciará el día de la baja de la persona socia. El socio o socia disconforme con el acuerdo sobre la cantidad a reembolsar podrá impugnarlo por el cauce procesal previsto en el artículo 35 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, pudiendo recurrirlo previamente, de establecerse estatutariamente, ante el Comité Técnico o, en su defecto, ante la Asamblea General, en el plazo de un mes desde la notificación de la cantidad a reembolsar.»

Del conjunto normativo descrito resulta, en consecuencia, que la legislación que regula las sociedades cooperativas andaluzas contempla la posibilidad legal de que la sociedad se transforme en una sociedad de responsabilidad limitada, que el socio que haya votado en contra del acuerdo de transformación puede ejercitar su derecho de separación, que el ejercicio del derecho se traduce en la baja justificada de la sociedad (si reúne los requisitos de tiempo y forma), y que surge el derecho al reembolso que se liquida en los términos

previstos en la propia norma sin perjuicio del derecho de impugnación que corresponde al socio.

3. Por lo que respecta a la regulación contemplada en la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, dispone su artículo primero lo siguiente: «Ámbito objetivo. La presente Ley tiene por objeto la regulación de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, consistentes en la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social.»

Y el artículo segundo: «Ámbito subjetivo. La presente Ley es aplicable a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución. Las modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas, así como el traslado internacional de su domicilio social, se regirán por su específico régimen legal.»

De la regulación legal expuesta resulta patentemente que el contenido de la Ley no se aplica a las sociedades cooperativas que, en caso de modificación estructural, se rigen por el régimen propio que les es de aplicación.

De acuerdo con la anterior conclusión, y sin necesidad de entrar en el debate sobre el momento en que es efectivo el derecho de separación, el contenido del artículo 15 de la Ley 3/2009, de 3 de abril (y como consecuencia, el régimen del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital), no es de aplicación a las sociedades cooperativas.

4. Los argumentos de contrario del recurrente no pueden enervar las conclusiones que resultan de las consideraciones anteriores.

En primer lugar, porque siendo cierto que el artículo 78 de la Ley 14/2011, de 23 diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas se remite a la normativa estatal, no lo es menos que lo hace sin perjuicio de remitirse al desarrollo reglamentario en lo que se refiere al procedimiento para llevar a cabo la transformación. La previsión es del todo lógica pues la sociedad cooperativa, mientras siga siéndolo, está sujeta a su normativa y al procedimiento para alcanzar el acuerdo de transformación (cuyos requisitos y presupuestos se desarrollan en el artículo 65 del reglamento de las cooperativas andaluzas). Por otro lado, la normativa estatal es de obligada aplicación habida cuenta de la competencia exclusiva del Estado en la regulación de las sociedades mercantiles *(vide* artículo 149.1. 6.º de la Constitución Española en relación con la disposición final quinta de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles).

Las consecuencias que para el socio cooperativista conlleva el ejercicio de su derecho de separación han sido expuestas más arriba: la baja de la sociedad, la atribución del carácter de baja justificada si se cumplen los requisitos legales y el derecho al reembolso de su participación, lo que nos lleva a la siguiente cuestión.

Afirma el recurrente que la aplicación del artículo 15 de la Ley 3/2009, de 3 de abril (y la subsiguiente del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital), es necesaria porque la legislación sobre cooperativas carece de una

regulación sobre la valoración de la participación del socio que causa baja. Esta Dirección no puede compartir dicha afirmación por cuanto el artículo 60.3 de la repetida Ley 14/2011, de 23 diciembre, expresamente se refiere al modo de valorar la participación del socio que causa baja y el mismo artículo, en su apartado cuarto, se remite al desarrollo reglamentario en lo que se refiere a las reglas de liquidación y a las consecuencias del rehúse *(vide* artículo 48 del reglamento cuyo apartado segundo impone la obligación de que los estatutos contemplen una regulación específica en base a las reglas que el mismo artículo proporciona). En definitiva, no existe, como pretende el recurrente, un vacío legal que imponga o permita la aplicación de un régimen cuya aplicación a las cooperativas está expresamente excluido por el legislador.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla n.º 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 28 de diciembre 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 marzo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 13 de marzo de 2018 (2.ª)

En el expediente 17/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de una socia de «Frutas la Ballena, S.L.»

HECHOS

I

Doña …presentó un escrito de fecha 11 de diciembre 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de «Frutas la Ballena, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones participaciones 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 el día 28 de junio de 2017, previa su convocatoria por el administrador único, en cuyo orden del día constaba como punto primero la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2016 y como punto segundo la aplicación del resultado. De acta notarial de junta autorizada en fecha 19 de junio de 2017 por la notaria de Novelda doña María del Mar Belchi Vicente resulta, por diligencia de fecha 28 de junio, que se reúne en junta el 100% del capital social. Resulta igualmente que la ahora solicitante comparece debidamente representada, así como que, tras la aprobación del primer punto del orden del día con el voto en contra de la hoy solicitante, y por lo que se refiere al segundo, el administrador único y presidente de la junta general, propone que el beneficio obtenido se destine íntegramente a reservas voluntarias. La propuesta es aprobada con el voto en contra del representante de la ahora solicitante, quien entrega un escrito al notario explicativo de su voto. De dicho escrito, que consta protocolizado en el acta, resulta que la socia vota en contra de la propuesta de aplicación del resultado y propone que se someta a votación la distribución de la totalidad del beneficio obtenido más la mitad de las reservas voluntarias.

De las cuentas anuales incorporadas al informe de verificación que a su vez se ha unido al acta, resulta, en el punto 10.8 de la memoria, que la propuesta de aplicación del resultado consiste en que el beneficio obtenido en el ejercicio 2016 se destine en cuanto a 1202 euros a reserva legal y el resto a remanente y otras aplicaciones.

b) La socia notificó a la sociedad mediante burofax de fecha 18 de julio de 2017, el ejercicio de su derecho de separación de conformidad con el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, en cuya notificación solicita la convocatoria de junta, de conformidad con el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital, al objeto de proceder a la negociación sobre el valor de las participaciones.

En fecha 6 de noviembre de 2017, la socia reitera la notificación de ejercicio del derecho de separación y hace una propuesta de valoración de sus participaciones en la sociedad, advirtiendo que de no recibir respuesta continuará el procedimiento establecido en la Ley de Sociedades de Capital.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que no es el momento procesal oportuno para acudir al procedimiento pues la sociedad no se ha pronunciado sobre el valor razonable ni sobre la persona que haya de realizar la valoración. Que la junta solicitada por la socia no ha podido tener lugar porque los últimos meses de año son los más importantes para la actividad que lleva a cabo la empresa. Que, no obstante, será en esa junta donde deberá debatirse la forma y la persona que haya de realizar la valoración. Que la mercantil que representa tiene serias dudas sobre la procedencia del derecho de separación al no cumplirse todos los requisitos legales y porque se ejercita en fraude de Ley y en perjuicio de la subsistencia de la sociedad. Que la solicitud es prematura y no estamos todavía en el supuesto del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El registrador mercantil de Alicante n.º 1, don Jaime del Valle Pintos dictó resolución en fecha 5 de enero de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombra-

miento 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 que tuvo entrada el 12 de febrero de 2018 en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «Que no es el registrador sino el juez de lo mercantil quien puede decidir sobre la existencia del derecho de separación. Que la empresa no se ha pronunciado al respecto sin que pueda el administrador hacerlo al corresponder a la junta general hacerlo, acuerdo que podrá impugnar la socia. Que dicha junta fue convocada con posterioridad a la solicitud del nombramiento de experto sin que la socia haya recogido el burofax de convocatoria por lo que se ha decidido convocar de nuevo. Que el registrador no puede sustraer el debate y decisión en la junta general sobre el derecho de separación. Que en cualquier caso el experto es para cuando el desacuerdo es en la valoración no sobre el derecho de separación correspondiendo a la socia acreditar ante el juez que ha ejercido el derecho de separación de manera correcta. Que no puede acudir ante el registrador con otras pruebas que no sean documentales y este no puede valorar la carga de la prueba ni cuestiones como el fraude de Ley, lo que además solo puede hacerse tras la junta general al no ser el administrador quién para denegar el derecho de separación o para acordar una valoración determinada. Que a través de una decisión meramente instrumental como es el nombramiento de auditor se estaría privando a las partes del oportuno procedimiento judicial o lo que es más grave, se podría suscitar con posterioridad un procedimiento sobre la materia que llegara a una solución distinta sobre la concurrencia o no del derecho de separación. Que la decisión del registrador no puede tener el efecto de cosa juzgada sobre un oportuno pleito en el que se valore la concurrencia de los requisitos del derecho de separación. Si el Registro Mercantil procede al nombramiento se iniciaría un procedimiento que supone un análisis económico de la sociedad en base a una solicitud que quizás no proceda y con el abono de unos gastos y traslado de información de la sociedad. Que así lo confirma la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia n.º 2 de 18 de mayo de 2017. Que reitera las afirmaciones del escrito de oposición de que la sociedad tiene serias dudas sobre la procedencia del derecho de separación al no cumplirse todos los requisitos legales y dado que se ejercita en fraude de Ley y en perjuicio de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20

de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y 8 y 16 de enero de 2018.

1. Ejercitado por una socia de una sociedad de responsabilidad limitada el derecho de separación al amparo de lo establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y amparada su solicitud por la resolución del registrador mercantil, la sociedad se alza en base a los argumentos, que por extenso se han hecho constar en los hechos, y que pueden agruparse así:

a) Que no corresponde al registrador mercantil sino al juez de lo mercantil decidir sobre la procedencia del derecho de separación. Que la actuación del registrador se limita a los supuestos en que el desacuerdo se limita a la valoración, a la persona que haya de llevarla a cabo o al procedimiento de valoración. Que estando el procedimiento registral limitado por las pruebas que al mismo cabe traer no puede pronunciarse el registrador sobre cuestiones como el fraude de ley. Que de este modo se sustraería a las partes de un procedimiento judicial o se les impondría una solución que podría ser distinta a la posteriormente adoptada en sede judicial. Que el procedimiento registral no puede tener efecto de cosa juzgada en relación a la decisión judicial que posteriormente pudiera adoptarse. Que la decisión del registrador puede suponer un análisis económico de la sociedad y unos gastos que quizás no procedan. Que así lo entiende la sentencia del Juzgado de lo Mercantil a que se hace referencia.

b) Que la junta general no se ha pronunciado sobre el derecho de separación sin que el administrador pueda hacerlo sin invadir las competencias de aquella. Que por este motivo el registrador no puede sustraer de la competencia de la junta el debate de la cuestión. Que el acuerdo que se adopte podrá ser impugnado por la socia. Que la junta que solicitó la socia no pudo celebrarse cuando lo solicitó y que, convocada ahora, la socia no se ha dado por notificada por lo que se ha reiterado.

c) Que la sociedad tiene serias dudas sobre la procedencia del derecho de separación que ha sido ejercitado en fraude de Ley.

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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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. De los tres grupos de motivos de recurso planteados por la sociedad, el primero hace referencia a la competencia del registrador para conocer sobre la procedencia del derecho de separación.

Al respecto, tiene declarado este Centro Directivo *(vide* las recientes resoluciones de 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, todas en la misma materia a que se refiere la presente), 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 registra-

dor 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 (artículo 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 (artículo 346 y 347 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (artículos 169 y 171), ya para reducir el capital social (artículos 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 (artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 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 imbricación en el orden 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, 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.

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 (artículo 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).

6. Los argumentos que de contrario plantea el escrito de recurso no pueden enervar las conclusiones anteriores. Como resulta de las consideraciones que han sido expuestas por extenso el registrador, al ejercer su competencia no invade las propias de jueces y tribunales, ni prejuzga su decisión ni menos aún, atribuye el carácter de cosa juzgada a la resolución que dicte, como no lo tiene la presente. La limitación del presente procedimiento en cuanto a su objeto y a sus medios de conocimiento no altera en absoluto las conclusiones anteriores; más bien al contrario, pues la parte que entienda que su posición jurídica no ha sido debidamente contemplada dispone de los medios legales para acudir a los Tribunales de justicia para, en el procedimiento plenario correspondiente, poner de manifiesto lo que a su posición convenga aportando todos los medios probatorios que estime convenientes. Téngase en cuenta que, de admitirse la tesis del recurrente, la potestad administrativa de resolver sobre las cuestiones que son de su competencia quedaría laminada por la mera apelación a la oposición de parte sobre la concurrencia de los requisitos en que aquella se fundamenta.

Si como consecuencia del ejercicio de la acción que corresponda ante los Tribunales de Justicia resultase la revocación de la resolución recaída en vía administrativa, resultarán las consecuencias contempladas en el ordenamiento jurídico, pero sin que de ello pueda derivarse, evidentemente, la inexistencia de la competencia.

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 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 n.º 1 de Sevilla de la que, para un supuesto sustancialmente idéntico, resulta la conclusión contraria.

7. Tampoco puede admitirse el argumento que hace referencia a la falta de pronunciamiento previo de la junta general sobre la concurrencia o consecuencias del ejercicio del derecho de separación o sobre la falta de competencia de la administración para llevar a cabo las consecuencias que de ello se deriven.

Como resulta de la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo sobre el ejercicio del derecho de separación que ha sido expuesta más arriba, el ejercicio depende exclusivamente del socio a quien le atribuye la Ley la posibilidad de ejercitarlo.

No es preciso un pronunciamiento previo ni de la junta general de la sociedad ni de su órgano de administración. Ejercitado el derecho y notificado debidamente a la sociedad, desenvuelve sus efectos en los términos que resultan de los artículos 353 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. Como resulta de los artículos 356.2, 358 y 359 de la propia Ley, corresponde al órgano de administración ejecutar las consecuencias del ejercicio del derecho de separación (sin que la previsión contemplada en el artículo 358.1 de autorización por la junta general de autorización de adquisición, desvirtúe lo anterior). En suma, el ejercicio del derecho de separación no queda condicionado a una decisión o debate previo de la junta general de la sociedad ni depende en absoluto de lo que la misma acuerde. No cabe hablar de que el procedimiento para la designación de experto independiente hurte competencia alguna de la junta general pues carece de competencia al respecto.

De aquí que sea irrelevante que la socia haya solicitado la convocatoria de junta por la vía del artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital o que la sociedad haya decidido convocar junta general para debatir sobre el derecho de separación. Sin perjuicio de que no constituye el objeto de este expediente resolver sobre aquella solicitud (artículo 170 de la Ley de Sociedades de Capital), resulta acreditado el ejercicio del derecho de separación sin que la posterior reunión de la junta general pueda resolver en contrario o modalizar su ejercicio o consecuencias *(vide* la citada sentencia de nuestro Tribunal Supremo 32/2006 de 23 enero).

8. Por último la sociedad expresa sus dudas sobre la procedencia del derecho de separación, pero sin dar motivo alguno que justifique su afirmación lo que hace inviable su pretensión de revocación de la decisión del registrador mercantil.

Tampoco la afirmación de que el ejercicio del derecho se ha realizado en fraude de Ley puede ser conocida por esta Dirección. Como ha quedado

expuesto de forma reiterada, el objeto del presente expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legales para la procedencia de designación de un experto independiente sin que ni el registrador ni esta Dirección en alzada pueda entrar a valorar la conducta de las partes involucradas. 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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Alicante n.º 1, don Jaime del Valle Pintos de fecha 5 de enero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 marzo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 13 de marzo de 2018 (3.ª)

En el expediente 18/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Internacional de Tracción, S.A.».

HECHOS

I

Don … presentó escrito de fecha 2 de enero de 2018 dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el mismo día 2, 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 «Internacional de Traccion, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios por medio de escrito que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el 16 de enero de 2018 alegando, en esencia:

1. Incumplimiento de la solicitud presentada de los requisitos formales exigidos, en el sentido de que no expresa la causa de la solicitud.
2. Falta de acreditación de la legitimación del solicitante, dado que el solicitante debería haber presentado documentación acreditativa de tal solicitud bien con el libro de socios, certificado del órgano de administración, etc., cosa que no ha hecho según manifiesta la sociedad.
3. No ser cierta la manifestación de que el solicitante no fuera socio fundador.
4. Que, para el caso de accederse al nombramiento de auditor de cuentas, sean estos abonados integra y exclusivamente por el solicitante.

Con dicho escrito acompaña los documentos que estima convenientes.

III

El Registrador Mercantil de Valencia, don Juan Carlos Ramón Chornet, dictó resolución de fecha 19 de enero de 2018, por la que acordó desestimar la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don …. y don …., en nombre y representación de la sociedad, por escrito de fecha 1 de febrero de 2018, que tuvo entrada el día 14 del mismo mes en el Registro Mercantil de Valencia, interpusieron recurso 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 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públi-

cas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, y en lo 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).

2. 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, y siendo indiferente sea o no socio fundador, 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 2017.

3. Por último, en lo que se refiere a los costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales (artículo 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 Valencia, don Juan Carlos Ramón Chornet de fecha 19 de enero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 marzo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 13 de marzo de 2018 (4.ª)

En el expediente 193/2017 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Recreativos Aja, S.L.».

HECHOS

I

Don …. y don …. presentan escrito de fecha 14 de marzo de 2017 dirigido al Registro Mercantil de La Rioja, en el que tuvo su entrada el día 23 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 «Recreativos Aja, 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 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el 11 de mayo de 2017 alegando, en esencia, que la administración social ya procedió a la designación como auditor para el ejercicio 2014 a don ….

Con dicho escrito acompaña los documentos que estima convenientes.

III

Don …. y don …. por medio de escrito de fecha 29 de mayo de 2017 dirigido al Registro Mercantil de La Rioja, en el que tuvo su entrada el día 31 del mismo mes, formulan alegaciones a la oposición de la sociedad.

IV

La Registradora Mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez-Bernal, dictó resolución de fecha 20 de junio de 2017, por la que acordó desestimar la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don …. y don …., en nombre y representación de la sociedad, por escrito de fecha 24 de noviembre de 2017, que tuvo entrada el mimo día en el Registro Mercantil de La Rioja, interpusieron recurso 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 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede prosperar la causa de oposición basada en la existencia de auditor nombrado para 2014, puesto que el derecho de solicitud de auditoría por la minoría a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es independiente para cada ejercicio.

2. 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 de la Registradora Mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez-Bernal de fecha 20 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, 13 de marzo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de La Rioja.

Resolución de 14 de marzo de 2018

En el expediente 25/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Martagar, S.L.».

HECHOS

I

Doña … presentó escrito de fecha 8 de enero de 2018 dirigido al Registro Mercantil de La Coruña, en el que tuvo su entrada el día 26 del mismo mes de enero, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Martagar, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia por medio de escrito de fecha 2 de febrero de 2018 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 5 de febrero de 2018 alegando, en esencia: 1.º Mala fe de la socia solicitante y 2.º, el pleno conocimiento que tiene la solicitante de la marcha de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de La Coruña, dictó resolución de fecha 6 de febrero de 2018, por la que acordó desestimar la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don …., en nombre y representación de la sociedad, por escrito de fecha 21 de febrero de 2018, que tuvo entrada el día 22 del mismo mes en el Registro Mercantil de Coruña, interpuso recurso 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 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, y en cuanto a la alegación de 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 (artículo 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 (artículo 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 alegación del supuesto pleno conocimiento de la marcha de la sociedad por parte de la solicitante, no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento de la marcha de la sociedad y de las cuentas de la misma *(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 Registra-

dor 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.* 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» (artículo 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio por el que se aprueba la Ley de Auditoría de Cuentas).

3. Lo anterior, unido al cumplimiento por la 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 la socia 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Coruña, de fecha 6 de febrero de 2018

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de A Coruña.

Resolución de 22 de marzo de 2018 (1.ª)

En el expediente 14/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Distribuciones Rumaga, S.L., en liquidación»

HECHOS

I

Don …. presentó un escrito de fecha 2 de enero de 2018, 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 «Distribuciones Rumaga, S.L., en liquidación», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

Del escrito resulta que la sociedad se encuentra en concurso, lo que resulta igualmente del contenido del Registro Mercantil.

II

Previo traslado por el Registro Mercantil de la solicitud, el administrador concursal de la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que por auto de 7 de octubre de 2016 el Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona declaró el estado de concurso de la sociedad, declarando así mismo su disolución. Que realizado el informe a que se refiere el artículo 74 de la Ley Concursal, se puso de manifiesto que la sociedad había cesado en su actividad el día 1 de julio de 2016 sin que se hayan producido hechos de naturaleza comercial o empresarial sin que la administración concursal haya tenido acceso a los libros de la sociedad y sin que se hayan depositado cuentas desde el 2005. 2.º Que no consta a la administración concursal la existencia de documentación que soporte los elementos de la contabilidad de la sociedad pese a lo cual se ha elaborado un estado de masas activas y pasivas, que no ha sido impugnado. 3.º Que los administradores de la sociedad lo fueron hasta que se designó, a instancia del solicitante, un liquidador judicial estando aquellos personados en el concurso siendo sabedores de la inexistencia de contabilidad. 4.º Que igualmente saben que el inventario e informe elaborado por la administración concursal refleja el estado patrimonial de la sociedad sin que hayan sido objeto de impugnación. 5.º Que la inexistencia de contabilidad no puede producir perjuicios por cuanto los acreedores tienen sus créditos reconocidos y al haber cesado la actividad de la empresa hace tantos años ninguna situación de endeudamiento puede producirse. 6.º Que la sociedad tiene cerrado el Registro. 7.º Que así la cosa carece de sentido la designación de un auditor de cuentas, cuentas que no existen. 8.º Que el solicitante tiene acceso ilimitado a la información que obra en el concurso, así como a ejercer el derecho de impugnación sin que lo haya ejercitado hasta la fecha. 9.º Que la designación de un auditor supondrá en el ámbito del concurso un gasto inútil.

III

La registradora mercantil de Barcelona n.º 10, doña Azucena Bullón Manzano dictó resolución en fecha 19 de enero de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don …., como administrador concursal, presentó un escrito el día 2 de febrero de 2018 por el que ponía de relieve que, al efecto de evitar trámites estériles, comunica al Registro Mercantil que estará al dictado de la resolución judicial que acompaña por lo que no se formularán cuentas correspondientes a los ejercicios 2016, 2017 y, de continuar abierto el concurso, de los ejercicios sucesivos.

Acompaña copia del auto de fecha 29 de enero de 2018 del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona del que resulta que exime a la administración concursal del deber de presentación de las cuentas anuales de la concursada ante el Registro Mercantil desde el año 2016, fecha en que se abrió la liquidación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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. Aunque no resulta con claridad del escrito de fecha 2 de febrero de 2018, presentado por la Administración Concursal, si mediante el mismo se ejerce el derecho de recurso a que se refieren los artículos 112 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en relación con el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil), esta Dirección General considera oportuno darle dicho tratamiento con el fin de proteger el derecho de defensa que a la sociedad reconoce el ordenamiento jurídico (artículo 115.1 de la propia Ley procedimental).

2. Establecido lo anterior procede que esta Dirección se pronuncie sobre la solicitud del socio a que las cuentas anuales de la sociedad sean objeto de verificación contable al amparo de lo establecido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. La particularidad del supuesto de hecho viene determinada porque la sociedad se encuentra en situación de concurso, en concreto, en fase de liquidación y porque la administración concursal ha presentado junto a su escrito un auto del Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso por el que se exime a la administración de la presentación a depósito de las cuentas anuales de la sociedad.

3. Como ha reiterado esta Dirección General *(vide* resoluciones de 4 de enero de 2011, 3 de mayo de 2012 y 1 de junio de 2014, entre otras), es posible ejercitar el derecho reconocido a los socios minoritarios por el art. 265.2 de la Ley de Sociedades Capital durante el periodo concursal, ya que la declaración del concurso no supone la extinción o suspensión de este derecho individual de los socios.

El artículo 46 de la Ley Concursal prevé tanto para los casos de suspensión como de intervención de la administración la subsistencia de la obligación de

formular cuentas y de verificarlas, en su caso. Del mismo modo para las sociedades no obligadas a verificar cuentas anuales *(vide* artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital), subsiste la obligación de verificar cuando un socio que reúna los requisitos establecidos en el artículo 265.2 de la propia Ley lo haya ejercido debidamente.

Como resulta de la simple comparación entre la regulación relativa a los auditores y al informe de verificación de las cuentas anuales (Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), y aquella relativa al informe a presentar al Juez del Concurso (Ley 22/2003, de 9 julio), la actividad del auditor y la del administrador concursal y el resultado de su trabajo son claramente distintos: a) La designación del auditor es un derecho individual del socio que es libre de ejercitar o no mientras que el administrador concursal es preceptivo en toda declaración de concurso (artículo 21.1.2.º de la Ley Concursal); b) Sólo el socio que reúna los requisitos del artículo 265.2 está legitimado para solicitar la verificación de cuentas mientras el administrador concursal es nombrado de oficio por el Juez del Concurso (artículo 21 y 26 de la Ley Concursal); c) El autor de informe de verificación tiene que ser un auditor debidamente registrado en el Registro especial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (artículo 8 de la Ley de Auditoría y artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil), mientras que el autor del informe del concurso será el profesional designado por el Juez de entre los que consten inscritos en la sección cuarta del Registro Público Concursal (artículo 27 de la Ley Concursal, sin perjuicio de la disposición transitoria 2.ª de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre); d) El destinatario del informe de verificación en el supuesto del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es el socio que lo haya solicitado mientras que en el caso del concurso es el Juez que lo dirige a quien se presenta el informe (artículo 33.1.e.9.ª de la Ley Concursal); El ámbito de actuación del auditor designado en el supuesto del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es mucho menor que el del administrador concursal (confróntese el artículo 268 de la Ley de Sociedades de Capital y el 5 de la Ley de Auditoría con el artículo 75 de la Ley Concursal) y en consecuencia, el contenido del informe de verificación de cuentas es distinto del previsto legalmente para el informe del administrador concursal.

La finalidad, contenido y destino, en suma, de uno y otro informe es completamente distinta y de ahí que su regulación sea igualmente diferente de donde se sigue la subsistencia del derecho individual del socio a pesar de la declaración de concurso de la sociedad.

4. Las consideraciones anteriores no quedan empañadas por la existencia del auto de fecha 29 de enero de 2018 del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Barcelona que esta Dirección General acata como no puede ser de otro modo.

Ahora bien, es preciso poner de manifiesto 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 (artículo 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, concurriendo los requisitos establecidos en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para que proceda la designación de auditor por el registrador mercantil, circunstancia que la sociedad no cuestiona, procede que esta Dirección General así lo declare, sin perjuicio de las consecuencias que la resolución de esta Administración pueda tener en el procedimiento concursal, lo que corresponde al juez de lo mercantil que tiene atribuida la competencia.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona n.º 10, doña Azucena Bullón Manzano de fecha 19 de enero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 marzo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Barcelona.

Resolución de 22 de marzo de 2018 (2.ª)

En el expediente 19/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Euromant Textil S.L.».

HECHOS

I

Don …. presentó escrito de fecha 5 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, 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 «Euromant Textil, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

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, ya que «tiene a su disposición toda la documentación de la sociedad para su estudio y tranquilidad». Expone la sociedad recurrente que el solicitante «no expresa causa alguna o motivo por el que sea absolutamente necesaria la contratación de auditor», calificando tal solicitud como un ejercicio abusivo y antisocial de tal derecho al concluir que «existe un problema añadido que perjudica a Euromant Textil, S.L. que no es ni más ni menos que las relaciones extra-patrimoniales, familiares y de herencia entre todos los hermanos socios de Euromant Textil, S.L., y la madre de ellos, respecto de la herencia de su difunto padre y esposo» que se está dilucidando ante la jurisdicción civil.

III

El registrador mercantil de Valencia I, don Rodolfo Bada Maño, dictó resolución de fecha 25 de enero de 2018 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 13 de febrero de 2018, que tuvo entrada el día 15 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Valencia, interpusieron 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 solicitud «tiene un único fin, obstaculizar el funcionamiento de la sociedad innecesariamente, perjudicarla, obstruir y dañar su actividad por motivo de cuestiones hereditarias ajenas a la sociedad, su actividad y gestión».

Por último, indican los recurrentes que se han auditado las cuentas correspondientes a los ejercicios 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 «con unos costes elevados que ha tenido que soportar la sociedad por el capricho de nuestro hermano».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 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 (artículo 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 (artículo 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 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 expre-

sión 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 (artículos 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. 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Valencia Número I, don Rodolfo Bada Maño, de fecha 25 de enero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 marzo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 26 de marzo de 2018

En el expediente 20/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de dos socias de «Borges y Chinea, S.L.»

HECHOS

I

Doña … y doña …. presentaron un escrito de fecha 20 de diciembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, en el que solicitaron, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socias de «Borges y Chinea, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de sus participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta:

a) Que la junta general de la sociedad se reunió el día 30 de septiembre de 2017. Del acta de junta autorizada por la notaria de Santa Cruz de Tenerife, doña Aránzazu Aznar Ondoño en fecha 28 de septiembre de 2017, resulta que la junta se reunió en dicha fecha, bajo un orden del día que incluía lo siguiente: «Primero. Examen y, en su caso, aprobación de las cuentas anuales, de la gestión del órgano de administración y propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2016.» Del contenido del acta resulta, en relación a la aplicación del resultado, que el representante de las hoy solicitantes propone que se reparta el beneficio votando sus representadas a favor de dicha propuesta que fue rechazada por la mayoría. La propuesta de la administración, que resulta en hoja aparte protocolizada, era la siguiente: «La cuenta de pérdidas y ganancias abreviada refleja unas ganancias de …euros. Proviniendo estas ganancias de la amortización de deuda con los socios mediante la transmisión de activos de la empresa, se trata de un ingreso extraordinario no proveniente de la actividad social de la empresa y que no representa un flujo de caja real que permita el reparto de dividendo. Por tanto, se propone su apunte contable a reserva.»

b) Por medio de acta de requerimiento, autorizada por la misma notaria a que hace referencia el epígrafe anterior, en fecha 27 de octubre de 2017 las socias notifican a la sociedad, en el domicilio social, el ejercicio de su derecho de separación. Ante la imposibilidad de llevar a cabo la notificación las socias remiten burofax el día 28 de octubre de 2017.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que las solicitantes basan su petición en una declaración unilateral de titularidad de un derecho de separación. Que la sociedad nunca ha controvertido tal afirmación. Que tampoco se cumplen los requisitos legales para que se dé el derecho de separación. 2.º Que del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 351 por remisión del 363 del Reglamento del Registro Mercantil resulta que corresponde a la parte solicitante la acreditación de todos los requisitos exigidos legalmente para el sustento de su solicitud, la cual solo se entiende en el marco del ejercicio legítimo de un derecho de separación. 3.º Dicha cuestión no ha trascendido la existencia, y por tanto legitimidad, de un derecho de separación; de hecho, en la propia junta

de 30 de septiembre se expuso a las socias por qué el beneficio contable no derivaba de la explotación del objeto social. Las socias afirman ser titulares de un derecho de separación que es una cuestión controvertida y un prius necesario para la designación de experto. Que lo cierto es que las socias carecen de legitimación para la solicitud formulada por cuanto la existencia del derecho sólo puede surgir de su admisión por ambas partes o de una resolución judicial. Que en definitiva, las socias carecen de legitimación al no existir un derecho de separación que debe ser declarado, en su caso, judicialmente. 4.º Que no desconoce la parte la resolución de esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 28 de noviembre de 2017 sobre la posibilidad de analizar el registrador el cumplimiento de los requisitos legales de fondo para el nacimiento del derecho de separación. Que aplicando este criterio no existe el derecho de separación por cuanto el resultado no proviene de la explotación ordinaria de la sociedad sino de un ingreso extraordinario derivado de la escritura de transacción por la que se entregaron inmuebles de la sociedad, precisamente, a una de las socias que solicita la designación, en pago de deuda. Que de la cuenta de resultados resulta que el beneficio obedece exclusivamente a dar de baja, a valor de mercado, de los inmuebles entregados, y que si la misma se suprime no existe beneficio. Que se trata de un supuesto muy similar al contemplado por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Barcelona de 21 de junio de 2013 y del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona de fecha 25 de septiembre de 2013. Que no se ha producido ninguna compraventa de inmuebles sino una transacción mediante la entrega de inmuebles. Que se dan los requisitos contemplados por la sentencia 81/2015 de la Audiencia de Barcelona por cuanto las daciones en pago de deuda caen fuera de la actividad típica y ordinaria de la empresa y resulta manifiesto que no se repetirá por originarse para la satisfacción de una deuda. Que al igual que el Registro Mercantil puede acceder a la petición de designación de experto, puede denegarla. Que resulta que el ejercicio del pretendido derecho está siendo ejercitado con mala fe al pretender basarse en un ingreso extraordinario derivado de una operación transaccional. 5.º Que tampoco se cumple lo establecido en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto, aunque las solicitantes pretenden un valor concreto por sus participaciones, se trata de un extremo no controvertido por la sociedad. A falta de acuerdo no procede el nombramiento de auditor (sic), como resulta de la resolución de 26 de febrero de 1993.

Acompaña a su escrito de oposición copia de la escritura pública de transacción autorizada por la notaria de Santa Cruz de Tenerife, doña Aránzazu Aznar Ondoño de fecha 9 de septiembre de 2016, por la que sociedad y la solicitante doña…, ponen fin al litigio judicial proveniente de la reclamación de un crédito frente a la sociedad y que ostenta la actora por herencia de su padre. Las partes estipulan la entrega a la actora de dos inmuebles de la sociedad, renunciando a la acción de reclamación ejercitada y dando carta de pago.

III

El registrador mercantil de Tenerife n.º 1, don Andrés Barettino Coloma dictó resolución en fecha 17 de enero de 2018 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. De la resolución resulta, entre otras cuestiones, que el objeto social de la sociedad comprende «la compraventa y alquiler de propiedades.»

IV

Don …., como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 21 de febrero de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Tenerife, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los, resumidamente, siguientes argumentos: «1.º Que el beneficio en cuya virtud se reclama el ejercicio del derecho de separación trae causa de una dación en pago de inmovilizado para la cancelación de una deuda, precisamente con una de las socias que ejercitan el derecho. Que en aplicación de la propia doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la jurisprudencia en que se inspira, resulta que el beneficio es materialmente extraordinario por cuanto: se trata de una operación puntual de inmovilizado material, es de volumen significativo respecto de la cifra de negocio anual, no es reproducible por cuanto las deudas han quedado amortizadas y porque no es una transmisión propia del desarrollo del objeto social dada la naturaleza jurídica distinta que ostenta la dación en pago frente a la compraventa. 2.º Que el carácter extraordinario de los beneficios de los que trae causa el pretendido derecho de separación (sin que la parte solicitante haya hecho aportación alguna para desvirtuarlo), se deriva de la propia doctrina de la Dirección y de la jurisprudencia. Que el beneficio meramente contable procede, no de la explotación ordinaria del objeto social, sino de un ingreso extraordinario fruto de la transacción por la que se entregaron inmuebles. Como resulta de la escritura pública aportada, el objeto de la transacción era una deuda que provenía de los socios fundadores y que heredaron las actuales socias. Que el fruto de la transacción se reflejó en la contabilidad como enajenación de inmovilizado al darse de baja contable a valor de mercado, generando el ingreso contable extraordinario. Que basta descontar dicho importe para poner de manifiesto que el resultado real es el de pérdidas durante el ejercicio. Que si hubiese tratado de una operación realizada dentro de la actividad ordinaria de la sociedad, los activos deberían haberse contabilizado como existencias y nunca como enajenación por inmovilizado. Que las cuentas han sido auditadas y el auditor expresa su conformidad. Que el concepto contable de beneficio extraordinaria comprende aquellos de cuantía significativa y que no pueden considerarse periódicos, añadiendo que deben caer fuera de las actividades ordinarias y típicas de la empresa y no espera que ocurran con frecuencia. Atendiendo a dicho concepto, el ingreso contable asciende al 66,46% del volumen de facturación del ejercicio y es obvio que no pueden ocurrir con frecuencia al traer causa de una amortización de deuda única e irrepetible. Que es ajeno a la actividad propia de la empresa que en la realidad es el alquiler de inmuebles, como resulta de la memoria, por lo que los inmuebles se contabilizan como inmovilizado y no como existencias. 3.º Que la resolución impugnada entiende que la transacción de donde trae causa el beneficio contribuye al fin social, pero esta afirmación es un cajón de sastre en el que cabe toda la actividad de la empresa, pues cualquier ingreso cumple dicha función. Que cuando la Audiencia de Barcelona en su sentencia de 26 de marzo de 2015 afirma que el ingreso debe contribuir al fin social, lo hace exigiendo además la concurrencia de los demás requisitos (desproporción y carácter infrecuente). Que en el supuesto el ingreso contable ni nos encontramos ante ingresos financieros ni ante ingresos que contribuyan al fin social, que son ingresos que suponen el 66% del volumen de facturación y que son de repetición imposible pues las deudas que lo originan han quedado amortizadas por la transacción realizada. 4.º Que la resolución impugnada hace abstracción de la naturaleza jurídica de la operación que origina el beneficio contable al equiparar cualquier transmisión con una compraventa. Que la dación en pago que constituye la transacción realizada es un título jurídico distinto de la compraventa como resulta de su regulación legal y de la doctrina más autorizada. 5.º Que mientras que la parte solicitante se limita a afirmar la existencia de su derecho, lo que demuestra su mala fe, la sociedad ha traído al expediente toda la prueba y acreditación precisa para demostrar la inexistencia de un beneficio en el que pueda basarse el derecho de

separación. 6.º Que, aun respetando el criterio del Centro Directivo sobre la competencia del registrador mercantil para apreciar la existencia del derecho de separación, la sociedad entiende la necesidad de acudir a la jurisdicción por no ser los requisitos legalmente exigibles para que proceda la separación, verificables de modo automático, sino que requieren un estudio de fondo, con cita de la sentencia del Juzgado de los Mercantil n.º 2 de Murcia de 18 de mayo de 2017.

De las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 resulta: Que en los datos generales de identificación de la sociedad (hoja IDP1), se ha hecho constar como actividad principal el alquiler de bienes inmobiliarios por cuenta propia. Que en el epígrafe 4.1 de la memoria que se integra en las cuentas anuales consta que la empresa dispone de inversiones inmobiliarias destinadas al arrendamiento a terceros, pues es esta su principal actividad. Que el informe de auditoría de fecha 6 de julio de 2017, afirma que las cuentas anuales expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la sociedad, así como de sus resultados. Que de la cuenta de pérdidas y ganancias resulta el epígrafe 1 (40100), relativo a importe neto de la cifra de negocios que asciende a 103.492,59, así como el epígrafe 11 (41100), relativo a deterioro y resultado por enajenación del inmovilizado que asciende a 68.786,29, el epígrafe A (49100), relativo a resultado de explotación, que asciende a 32.939,87, y el epígrafe D (49500), relativo al resultado del ejercicio que asciende a 32.966,87.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y 8 y 16 de enero de 2018.

1. Solicitado del registrador mercantil por dos socias de la sociedad la designación de experto independiente con fundamento en los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad se alza contra la estimación por tres órdenes de razones: en primer lugar porque, a su juicio, el resultado positivo del ejercicio obedece a un beneficio extraordinario que excluye la existencia del derecho de separación; en segundo lugar, porque las solicitantes no han aportado prueba de su derecho habiendo sido la sociedad quien ha acreditado la inexistencia de derecho de separación, lo que pone de manifiesto la mala fe en el ejercicio de su pretensión; tercero, porque no ha existido controversia sobre la propia existencia del derecho de separación lo que exige

o bien el consentimiento de la sociedad o bien una resolución judicial que así lo declare.

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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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. De los tres motivos de recurso expuestos al principio de las presentes consideraciones, es preciso comenzar por aquella que hace referencia a la aportación al expediente que ha realizado cada parte. Al decir de la sociedad recurrente, la falta de aportación por la parte solicitante de los medios de prueba necesarios para confirmar la existencia de su derecho es prueba de que ha actuado de mala fe.

Al respecto es doctrina reiterada de este Centro Directivo, en sede de recursos en materia de designación de auditores, que resulta suficiente a los efectos de justificar la existencia del derecho en que se fundamenta la solicitud, 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 derecho habida cuenta de la concurrencia de la contradicción que preside el procedimiento.

En este sentido, y en lo referente a la negación de la pertinencia de la designación (artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil), la norma considera que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre su no procedencia, 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 las solicitantes un principio de prueba: copia del acta notarial de la junta de la que resulta que propusieron la distribución del beneficio en forma de dividendo, propuesta que la mayoría rechazó, votando a favor de la propuesta de la administración de destinar el beneficio obtenido a reserva.

La sociedad, por su parte, ha ejercido su derecho de contradicción en el seno del procedimiento poniendo de relieve los motivos por los que, a su juicio, no procede, por inexistencia del derecho de separación, la designación de experto independiente por el registrador mercantil. En suma, se han cumplido escrupulosamente en el ámbito del expediente las exigencias del principio de contradicción.

Sin perjuicio de lo anterior, este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente. 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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombra-

miento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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, lo que nos lleva a la siguiente cuestión (artículo 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).

6. La sociedad considera que la determinación de si concurre o no el conjunto de requisitos que determina la existencia del derecho de separación precisa bien de su consentimiento bien de una resolución judicial que así lo declare. La sociedad, consciente de la doctrina de esta Dirección General al respecto, plantea dicha cuestión sin desarrollarla limitándose a afirmar la necesidad de un procedimiento plenario, así como la doctrina emanada de la Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017.

Esta Dirección General considera preciso traer a colación su doctrina al respecto con la finalidad de no dejar sin contestación ninguna de las cuestiones que la sociedad plantea en su escrito de recurso y sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá sobre la cuestión de fondo.

Al respecto, tiene declarado este Centro Directivo *(vide* las recientes resoluciones de 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017), 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 desarro-

lla 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 (artículo 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 (artículo 346 y 347 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (artículos 169 y 171), ya para reducir el capital social (artículos 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 (artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 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 imbricación en el orden 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, 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.

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 (artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil), y sin perjuicio del régimen de recur-

sos 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).

La limitación del presente procedimiento en cuanto a su objeto y a sus medios de conocimiento no altera en absoluto las conclusiones anteriores; más bien al contrario, pues la parte que entienda que su posición jurídica no ha sido debidamente contemplada dispone de los medios legales para acudir a los Tribunales de justicia para, en el procedimiento plenario correspondiente, poner de manifiesto lo que a su posición convenga aportando todos los medios probatorios que estime convenientes. Téngase en cuenta que, de admitirse la tesis del recurrente, la potestad administrativa de resolver sobre las cuestiones que son de su competencia quedaría laminada por la mera apelación a la oposición de parte sobre la concurrencia de los requisitos en que aquella se fundamenta.

Por último, esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 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 n.º 1 de Sevilla de la que, para un supuesto sustancialmente idéntico, resulta la conclusión contraria.

7. Despejadas las cuestiones anteriores procede entrar en el motivo que constituye el núcleo de la alzada ante esta Dirección. La sociedad entiende que no concurre uno de los requisitos establecidos en el artículo 348 bis para la procedencia del derecho de separación lo que, a su vez, invalida la solicitud del experto independiente. Como resulta del escrito de oposición primero y de alzada después, la sociedad considera que el beneficio obtenido en el ejercicio 2016 es un beneficio extraordinario no derivado del desarrollo del objeto social, lo que excluye que pueda servir de fundamento a la existencia del derecho de separación.

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 (sección15.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 redacta-

das 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.

8. Dejando de la lado la cuestión, no planteada en el expediente, del carácter repartible del beneficio obtenido (que resulta indiscutible en el supuesto de hecho por aplicación del contenido del artículo 273 de la Ley de Sociedades de Capital en relación al balance correspondiente al ejercicio 2016), lo cierto es que, a la luz de las consideraciones anteriores, es forzosa la estimación del recurso pues la sociedad ha acreditado, con aportación de los medios documentales de los que resulta el respaldo a sus afirmaciones, que el beneficio obtenido en el ejercicio 2016 no puede ser considerado como

«beneficio propio de la explotación», tal y como exige el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

De acuerdo a la doctrina expresada en el epígrafe anterior la sociedad ha acreditado debidamente que el beneficio contable obtenido es ajeno a la actividad típica de la sociedad, es de cuantía significativa y resulta no periódico por su carácter no frecuente.

En cuanto al primer requisito resulta patente que el negocio jurídico de transacción por el que la sociedad ha dispuesto de determinados inmuebles de su propiedad para atribuirlos en dación en pago, poniendo fin a los procedimientos judiciales en curso, carece de la cualidad de propio de la actividad típica de la sociedad. El mero hecho de que el elemento real del negocio de transacción sea un inmueble y de que la sociedad contemple en su objeto social la actividad de «compraventa y alquiler de propiedades», no permite afirmar que cualquier negocio sobre un inmueble constituya un desarrollo del objeto social. Sólo cuando las circunstancias en que se haya realizado el negocio jurídico resulten propias de tal desarrollo podrá afirmarse que constituye un acto de desenvolvimiento. A contrario, la mera transmisión de un inmueble que forma parte del activo social no constituye un acto de desenvolvimiento del objeto social si con él no se desarrolla la actividad social típica de la sociedad. Cuando la transmisión obedezca a otra causa jurídica distinta, como pueda ser la dación en pago para la extinción de una deuda litigiosa, quedará fuera de la actividad típica de la sociedad.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente, la sociedad se dedica, entre otras, a las actividades de compraventa y alquiler de propiedades si bien, como resulta de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016 (datos generales de identificación y memoria), su actividad principal viene constituida por el alquiler de bienes inmuebles. Son en consecuencia los actos jurídicos realizados en desarrollo de esta actividad, y de las demás previstas en estatutos, los que pueden generar los denominados «beneficios propios de la explotación», a que se refiere el artículo 348 bis. Resulta patente que el resultado obtenido como consecuencia de una dación en pago en la que los inmuebles operan como medio de pago al efecto de extinguir una deuda reclamada judicialmente, cuyo proceso finaliza a consecuencia de un negocio de transacción, no constituye un beneficio propio de la explotación de la actividad social. Y todo ello sin necesidad de reiterar *(vide* resoluciones de esta Dirección de 30 de junio de 2011 y 28 de junio de 2016), que de conformidad con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de 21 de octubre de 2005 y 19 de octubre de 2006), el negocio jurídico de dación en pago no constituye una modalidad de la compraventa sino un tipo negocial distinto, y sin perjuicio de que las numerosas lagunas legales en su regulación se suplan con la aplicación del régimen general propio del negocio de compraventa como negocio transmisivo por excelencia.

A la misma conclusión se llega en relación al requisito exigible de que el beneficio sea de cuantía significativa si se pone en relación la cifra total de

negocios correspondiente al ejercicio (partida 1, 103.492,59, epígrafe –40100–), con la cifra correspondiente al beneficio contable (partida 11, 68.786,29, epígrafe –41100–). Sin necesidad de cuantificar ahora qué se entiende por cuantía significativa resulta evidente que lo es una cifra que excede del 50% de la cifra total de negocio.

Lo mismo ocurre con el requisito relativo a la infrecuencia del beneficio. La propia naturaleza del negocio jurídico del que deriva el beneficio contable, la transacción, y de su causa, la extinción por dación en pago de un crédito preexistente lleva a la conclusión de que no se trata de una actividad ni periódica ni de una frecuencia que permita afirmar el carácter de propio de la explotación del objeto social.

En definitiva, la sociedad ha acreditado documentalmente y de forma suficiente que el beneficio contable así obtenido carece de la condición de beneficio propio de la explotación del objeto social por lo que no puede ser computado al objeto de determinar si procede el derecho de separación.

Sólo resta determinar si, como afirma la sentencia 81/2015 de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, depurado el beneficio propio de la explotación del objeto social de la partida contable correspondiente al beneficio excepcional, existe base de reparto a los efectos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital que pueda fundamentar el ejercicio del derecho de separación. La respuesta es negativa como resulta de la simple comparación entre la cifra correspondiente al resultado del ejercicio (partida D, 32.966,87, epígrafe –49500–), con la cifra correspondiente al beneficio extraordinario o excepcional (partida 11, 68.786,29, epígrafe –41100–).

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 Tenerife n.º 1, don Andrés Barettino Coloma de fecha 17 de enero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 marzo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Santa Cruz de Tenerife.

Resolución de 27 de marzo de 2018 (1.ª)

En el expediente 29/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Asesoramiento, Diseño y Suministro, S.L.».

HECHOS

I

Don … presentó escrito de fecha 22 de enero de 2018 dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, en el que tuvo su entrada el día 30 del mismo mes de enero, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Asesoramiento, Diseño y Suministro, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 14 de febrero de 2018 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 14 de febrero de 2018 alegando, en esencia: 1.º comunicación al juzgado correspondiente de inicio de negociaciones de acuerdo de refinanciación conforme al artículo 5 bis de la Ley Concursal, 2.º abuso de derecho, y 3.º, motivos económicos.

III

El Registrador Mercantil de Zaragoza, dictó resolución de fecha 19 de febrero de 2018, por la que acordó desestimar la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don …., en nombre y representación de la sociedad, por escrito de fecha 16 de marzo de 2018, que tuvo entrada el mismo día 16 en el Registro Mercantil de Zaragoza, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, además de aludir a una situación de preconcurso y eventual concurso de la mercantil en cuestión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio,

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

1. En primer lugar, y en cuanto a la alegación relativa a la comunicación o solicitud dirigida al juzgado correspondiente en orden al inicio de negociaciones para la obtención, en su caso, de un acuerdo de refinanciación, no cabe sino su rechazo y no admisión, pues hay que decir que, a pesar de la cita a su favor por parte del recurrente del artículo 5 bis de la Ley Concursal, no se observa en este precepto que dicha solicitud o, en palabras de la ley, la puesta en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta, lleve en ningún caso aparejada, como en definitiva pretende el recurrente, la enervación del derecho básico del socio minoritario reconocido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. En segundo lugar, y en cuanto a la alegación de abuso de derecho por el 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 (artículo 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 (artículo 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. Por lo que hace a los motivos económicos alegados por el recurrente, 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 coste económico que la petición comporta para la sociedad (artículo 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no pueden 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.

4. 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Zaragoza I, de fecha 19 de febrero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 marzo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Zaragoza. Firmada el 2 de abril de 2018.

Resolución de 27 de marzo de 2018 (2.ª)

En el expediente 30/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Vilma Oil, S.L.».

HECHOS

I

Doña … presentó escrito de fecha 16 de enero de 2018 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 18 del mismo mes de enero, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Vilma Oil, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 2 de febrero de 2018 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo día 2 de febrero de 2018 alegando, en esencia: 1.º que al amparo de lo dispuesto por el artículo 22.1 de la Ley 22/2015 de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, el Administrador Único de la Sociedad ha acordado la prórroga tácita del nombramiento de QS Audit Consultor, S.L.P. (N.I.F. B-63024368 y n° de ROAC S-1510) como auditor de cuentas para los ejercicios 2017, 2018 y 2019 y 2.º, que con carácter simultáneo a la presentación de este escrito, han quedado presentadas en el Registro Mercantil de Madrid los originales de la certificación de acuerdos sociales de la Sociedad emitida por el Administrador Único con fecha 25 de enero de 2018, relativa al nombramiento tácito del auditor de cuentas, así como la aceptación emitida por QS Audit Consultor, S.L.P. cuyos originales han quedado presentados en el Registro Mercantil de Madrid para su inscripción.

III

La Registradora Mercantil de Madrid, doña Carmen de Grado Sanz, dictó resolución de fecha 14 de febrero de 2018, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

IV

Doña …., por escrito de fecha 12 de marzo de 2018, que tuvo entrada el mismo día 12 en el Servicio Postal de Correos, interpuso recurso contra dicha resolución, aduciendo como único motivo de recurso la infracción de los artículos 160, b), 264 y 265 de la ley de sociedades de capital, ausencia de nombramiento por parte de la junta general de los auditores designados por la sociedad y solicitando, en consecuencia, tener por presentado su escrito y por interpuesto, en tiempo y forma, recurso tanto contra la resolución del registrador mercantil número XVII de Madrid de fecha 14 de febrero de 2018 por la que se estima la oposición de Vilma Oil, S.L., como contra la inscripción de la renovación del auditor de cuentas de la sociedad Vilma Oil, S.L. sin acuerdo expreso de la Junta General sino en virtud de una prórroga tácita que causó la inscripción número 18 de las de la hoja de dicha sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, artículo 20 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, artículo 7 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y 1.º de la Ley Hipotecaria, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Como cuestión previa, y en cuanto al recurso contra la inscripción ya practicada de la renovación del auditor de cuentas de la sociedad VILMA OIL, S.L., hay que recordar lo dispuesto en el art. 20.1. del Código de Comercio, según el 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», por su parte, también en el ámbito mercantil, el artículo 7.º del Reglamento del Registro Mercantil dispone que «1. El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad»; en el mismo sentido, el párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, dispone que «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley».

2. En segundo lugar, y en cuanto a la alegación de infracción de los artículos 160, b), 264 y 265 de la ley de sociedades de capital, ausencia de nombramiento por parte de la junta general de los auditores designados por la sociedad, hay que tener en cuenta que 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; 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015,

de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procede 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 expediente, 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 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. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Madrid, doña Carmen de Grado San, de fecha 14 de febrero de 2018, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 marzo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Madrid. Firmada el 2 de abril de 2018.

Resolución de 28 de marzo de 2018

En el expediente 26/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Euromédica Canaria Solís, S.L.».

HECHOS

I

Don …., en nombre y representación de don …., presentó escrito de fecha 24 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Las Palmas, 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 «Euromédica Canaria Solís, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: en primer lugar, la existencia de una «cuestión prejudicial mercantil que debe ser resuelta con anterioridad» ya que se encuentra pendiente de resolución una demanda interpuesta ante el Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Las Palmas de Gran Canaria, Procedimiento Ordinario 391/2017, en el que se solicita «la nulidad relativa y/o ineficacia de la transmisión por compraventa suscrita el 1 de enero de 2005 y elevada a escritura pública el 20 de junio de 2017» por el que el solicitante adquiere las participaciones sociales de la mercantil en cuestión; y, en segundo lugar, opone que la sociedad ha nombrado auditor de manera voluntaria constando debidamente inscrito tal nombramiento en el Registro Mercantil.

III

El registrador mercantil de Las Palmas, don Francisco de Asís Fernández Rodríguez, dictó resolución de fecha 15 de febrero de 2018 por la que acordó admitir la oposición y no proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don …., en nombre y representación de don …., por escrito de fecha 7 de marzo de 2018, que tuvo entrada el día 8 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Las Palmas, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que no debiera ser estimada la litispendencia puesto que «no concurren los requisitos para que la misma se pueda dar, a saber, la más perfecta identidad de sujetos, objeto y causa con la que las partes han litigado»; y «por lo que se refiere al segundo de los motivos invocados por la resolución recurrida para repeler la solicitud de mi mandante, volvemos a reiterar que el nombramiento voluntario de auditor se ha llevado a cabo de espaldas a mi mandante».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 el socio solicitante pueden ser estimados.

Los motivos de recurso se pueden agrupar en dos: en primer lugar, la improcedencia de estimar la falta de legitimación activa del solicitante pese a encontrarse pendiente de resolución una demanda relativa a la validez del título de adquisición de las participaciones sociales y, en segundo lugar, que el nombramiento de auditor voluntario por la sociedad para el ejercicio 2017, así como su inscripción en la hoja social se ha realizado con desconocimiento del socio solicitante.

2. El primer motivo de recurso se fundamenta en la controversia respecto de la 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 *(vide* resoluciones de 11 de marzo, 30 de julio, 12 de septiembre de 2014 y 11 de marzo de 2015 entre otras muchas).

Debe recordarse 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 escritura pública *(cfr.* art. 126 de la Ley de Sociedades de Capital en relación, para las acciones, a la disposición adicional tercera de la Ley 24/1988, de 28 julio, del Mercado de Valores). Obviamente, la mera manifestación sobre la existencia de un contrato privado traslativo del dominio puede probar nada contra lo inscrito y publicado por el Registro Mercantil, dada la presunción de exactitud y validez de que gozan los asientos *(cfr.* arts. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil).

En el caso que nos ocupa ha quedado acreditada la existencia de un contrato de compraventa de participaciones sociales posteriormente elevado a escritura a pública; escritura cuya validez se encuentra impugnada en sede judicial y pendiente de resolución por el Tribunal competente, conforme resulta del presente expediente. El hecho de que exista una contienda entre las partes y que un tercero haya recurrido ante los Tribunales de Justicia el contenido de tal título, no hace sino confirmar las apreciaciones anteriores. Debe ser en el procedimiento judicial previsto en el ordenamiento y ante la autoridad judicial competente donde debe dilucidarse, en el ámbito de un procedimiento plenario y con pleno respeto a la posición jurídica de las partes, la titularidad de las participaciones sociales objeto de contienda.

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, 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 esté siendo ejercitada por los Tribunales impediría, en principio, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, que esta Dirección se pronunciara en tanto no existiera una resolución judicial firme al respecto.

3. Respecto de la segunda de las cuestiones alegadas por el recurrente es que, pese al nombramiento e inscripción del auditor a instancia de la sociedad de manera voluntaria para el ejercicio correspondiente al año 2017, el mismo se ha realizado con desconocimiento del socio solicitante.

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.

Por tanto, debe concluirse que en el presente expediente concurren los dos requisitos anteriormente mencionados, tanto el nombramiento anterior del auditor voluntario como el aseguramiento del derecho del socio minorista mediante la inscripción del mismo en la hoja social practicada el 15 de enero de 2018, inscripción 13.ª.

Y lo anterior, cualquiera que sea el resultado del proceso en orden a la legitimación del solicitante puesto que la inscripción del auditor se encuentra ya practicada según se ha expresado y, en este sentido, cabe recordar lo dispuesto en el art. 20.1 del Código de Comercio, según el 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», por su parte, también en el ámbito mercantil, el artículo 7.º del Reglamento del Registro Mercantil dispone que «1. El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad»; en el mismo sentido, el párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, dispone que «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley».

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Las Palmas, don Francisco de Asís Fernández Rodríguez, de fecha 15 de febrero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 marzo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Las Palmas. Firmada el 2 de abril de 2018.

Resolución de 5 de abril de 2018

En el expediente 22/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Vegaja, S.L.»

HECHOS

I

Don …., actuando en representación de la sociedad Granada Corporación Empresarial S.L., presentó un escrito de fecha 23 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, 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 su representada de más del 5% del capital social de «Vegaja, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Previo traslado por parte del registrador, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que las administradoras mancomunadas de la sociedad adoptaron en fecha 26 de diciembre de 2017, la decisión de designar auditor voluntario lo que se certificó al día siguiente. 2.º Que el mismo día de la certificación, el auditor designado aceptó su nombramiento. 3.º Que las firmas de las administradoras fueron legitimadas notarialmente el día 31 de enero de 2018 y el de la sociedad auditora el día 24 de enero de 2018. 4.º Que el día 1 de febrero se presentó en el Registro Mercantil la anterior documentación. 5.º Que sin perjuicio de que el socio haya ejercitado su facultad en plazo, lo que no se niega, ha quedado enervado por la existencia de un nombramiento anterior.

III

La registradora mercantil de Málaga n.º 1, doña María Dolores Fernández-Pacheco Fernández dictó resolución en fecha 16 de febrero de 2018 por la que acordó admitir la oposi-

ción y rechazar la procedencia de nombramiento del auditor solicitado habida cuenta de que la solicitud de la sociedad para que se llevase a cabo la inscripción del nombramiento de auditor se había llevado a efecto.

IV

Don …., en representación de la sociedad Granada Corporación Empresarial S.L., por escrito de fecha 28 de febrero de 2018, que tuvo entrada el día 5 de marzo inmediato posterior en el Registro Mercantil de Málaga, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que la resolución de la registradora señala que la inscripción del nombramiento de auditor voluntario se practicó el día 15 de febrero de 2018, siendo así que la documentación fue presentada en el Registro Mercantil con posterioridad a la solicitud del socio minoritario y habiendo sido legitimada la firma el día 31 de enero de 2018, también con posterioridad. Que también se afirma que la aceptación del auditor se llevó a cabo el día 27 de diciembre de 2017 y que se legitimó la firma el día 24 de enero de 2018 lo que se pone en duda y habría que contrastarlo. Que en cualquier caso la solicitud de designación por el minoritario es anterior a la presentación de inscripción del auditor voluntario, existiendo doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que entiende que procede la designación a instancia del minoritario (con cita). Además, no se garantiza al minoritario la existencia de la auditoría solicitada por la minoría cosa que si se obtiene con el nombramiento registral, máxime si se tiene en cuenta que no resulta preceptivo el informe de auditoría con el depósito de las cuentas y los auditores voluntarios pueden llegar a no realizarla, por lo que en definitiva se ponen en peligro los derechos del socio minoritario. Que el Registro Mercantil debería haber denegado la inscripción del auditor voluntario. 2.º Que la competencia del nombramiento corresponde a la junta general de conformidad con el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital debiendo conceptuarse como un mero contrato de arrendamiento de servicios el realizado entre la administración y el auditor designado y, por tanto, materia no inscribible en el Registro Mercantil. Que se solicita de la Dirección General de los Registros y del Notariado que deje sin efecto la resolución de la registradora y acuerde dejar sin efecto y cancele los asientos referidos al nombramiento de auditor voluntario, nombrando en su lugar a instancia del socio minoritario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 de un socio al amparo de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la registradora desestima la solicitud habida cuenta de que la sociedad designó auditor voluntario con carácter previo y procedió a su inscripción en la hoja correspondiente del Registro Mercantil. La interesada recurre alegando, en esencia, que la inscripción no debería haberse practicado, que pone en duda la anterio-

ridad del nombramiento por parte de la administración social, que no se garantiza la realización de la auditoría y que la designación es competencia de la junta general de la sociedad, solicitando la cancelación del asiento practicado y la designación por parte de la registradora mercantil de un auditor.

2. Resulta patente la inviabilidad del recurso pues ninguno de los motivos alegados puede justificar la revocación de la resolución de la registradora.

Este Centro Directivo ha mantenido 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), 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.

3. En el expediente que da lugar a la presente concurren las anteriores circunstancias pues el nombramiento es anterior a la solicitud del socio minoritario y la inscripción en el Registro Mercantil garantiza que el depósito de cuentas no pueda llevarse a cabo sin la oportuna presentación del informe que contenga su verificación llevado a cabo por el auditor designado, tal como exige el artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital.

Los argumentos que de contrario contiene el escrito de recurso no pueden enervar las afirmaciones anteriores. Tal y como resulta de los hechos, 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procede 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 *(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 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.

Ahondando en la cuestión, dado el contenido del escrito de recurso, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013, 24 de junio y 24 de octubre de 2014, 7 de mayo y 24 de septiembre de 2015 y 13 de mayo y 23 de noviembre de 2016). En el supuesto de este expediente, resulta que la primera fecha fehaciente que resulta de los documentos es anterior a la presentación de la solicitud por el socio minoritario (legitimación notarial de la firma de la aceptación de la auditoría); en consecuencia, de una valoración conjunta de las pruebas, se llega a la conclusión de que el nombramiento sí fue previo a la solicitud presentada por el interesado. En este sentido la administración de la sociedad expresó en su escrito de oposición que el nombramiento voluntario de auditor fue anterior a la entrada en el Registro Mercantil de la solicitud del socio. En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario que, de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

4. Por lo demás y como como ha reiterado este Centro Directivo el órgano de administración está perfectamente legitimado para designar auditor con el fin de que verifique las cuentas anuales en aquellos supuestos en que la sociedad no esté obligada a la verificación contable (por todas, resoluciones de 16 de abril de 2012, 26 de septiembre de 2014 y 23 de febrero de 2015). De los artículos artículo 263, 264 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital, resulta ineludiblemente que la competencia de la Junta General para proceder al nombramiento de auditor de cuentas, así como los términos para realizar dicho nombramiento y su duración, solo son de obligado cumplimiento en aquellas sociedades que no pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas en forma abreviada y que, por tanto, están obligadas por ley a la verificación contable. Fuera de estos supuestos la sociedad puede, a través de su órgano de administración, contratar los servicios de un auditor de cuentas, si lo considera necesario para la buena marcha de la empresa, pues este acto tiene la naturaleza propia de un acto de gestión y buena administración cuando se trata de sociedades no sujetas por ley a la obligación de auditar sus cuentas anuales (artículo 209 de la Ley de Sociedades de Capital).

5. Por último, es evidente que no procede la cancelación solicitada del asiento practicado de nombramiento de auditor voluntario. 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. Así lo proclama el artículo 20.1 del Código de Comercio: «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.»

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 (artículo 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 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 de la registradora mercantil de Málaga n.º 1, doña María Dolores Fernández-Pacheco Fernández de fecha 16 de febrero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Málaga.

Resolución de 9 de abril de 2018 (1.ª)

En el expediente 24/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Irisana, S.A.»

HECHOS

I

Don …. y doña …. presentaron un escrito de fecha 11 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, 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 titulares conjuntamente de más del 5% del capital social de «Irisana, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que no estando la sociedad obligada a la verificación de sus cuentas anuales, en fecha 29 de diciembre de 2017 se ha acordado la designación de auditor para los ejercicios 2017, 2018 y 2019 en la persona de un auditor persona física y suplente. Que se adjunta certificación del nombramiento que se presenta a inscripción.

III

El registrador mercantil de Pontevedra n.º 1, don Vicente Artime Cot dictó resolución en fecha 16 de febrero de 2018 por la que acordó, a la vista de que la solicitud de inscripción de auditor voluntario ha sido calificada con defectos y estando vigente su asiento de presentación, suspender la tramitación del expediente hasta que se lleve a cabo la inscripción o la cancelación del asiento de presentación.

IV

Don …., por escrito de fecha 7 de marzo de 2018, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que es tras el traslado el Registro Mercantil de Pontevedra a la sociedad de la solicitud de los minoritarios cuando la sociedad presenta la certificación de designación de auditores con la peculiaridad de que la legitimación de la firma del administrador es de fecha 26 de enero de 2018 y la del auditor aceptante de fecha 29 del mismo mes y año. Que el registrador ha hecho una interpretación errónea del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital que está reservado a las sociedades obligadas lo que no es el caso, siendo de aplicación el apartado segundo del mismo precepto que atribuye la posibilidad de solicitar designación de auditor a los socios minoritarios y no a los administradores. 2.º Que debe revocarse la resolución del registrador y procederse a la designación de auditor a instancia

de los socios aún a pesar de que la sociedad se ha presentado una oportuna e interesada certificación fechada antes de la solicitud lo que no prueba su fecha real pues la legitimación es de fecha muy posterior y porque no cabe admitir el ardid de la sociedad de preconstituir un supuesto nombramiento de auditores con fecha anterior.»

Don …., como administrador de la sociedad Irisana S.A., presenta un escrito de alegaciones fechado el día 22 de marzo de 2018 en el que solicita la desestimación del recurso por cuanto la sociedad no está obligada a someter sus cuentas a auditoría obligatoria, porque ha procedido al nombramiento de auditor para los ejercicios 2017 a 2019, porque el Contabilidad y Auditoría de Cuentas tiene publicado que en este supuesto no procede el nombramiento de un nuevo auditor y porque no tiene justificación la afirmación de que se pretende preconstituir un supuesto nombramiento.

En fecha 5 de abril tiene entrada en el Ministerio de Justicia y en esta Dirección General escrito remitido por el registrador mercantil de Pontevedra don Vicente Artime Cot del que resulta que en la citada fecha ha quedado inscrito en el folio de la sociedad, inscripción 10.ª, la designación de auditor voluntario para los ejercicios 2017, 2018 y 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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. Presentada por socios minoritarios solicitud de designación de auditor al amparo de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador mercantil suspende la tramitación del expediente en espera de que se resuelva la situación derivada de la presentación, por parte de la sociedad, de instancia por la que se solicita la inscripción de auditor voluntario, solicitud que ha sido calificada con defectos. Como resulta de la resolución del registrador, la suspensión se prolongará mientras esté vigente el asiento de presentación de la solicitud de la sociedad.

Antes de que se proceda a dictar la presente resolución, y como resulta de los hechos, el registrador mercantil ha procedido a la inscripción, en la hoja de la sociedad, del nombramiento voluntario llevado a cabo por el órgano de administración de la sociedad para los ejercicios 2017 a 2019, ambos inclusive.

Este Centro Directivo entiende que la correcta respuesta a la situación creada exige, a fin de dar satisfacción al recurrente, examinar tanto la decisión de suspender el procedimiento como la generada después de proceder a la inscripción del nombramiento voluntario de auditor.

2. Por lo que se refiere a la primera cuestión, 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 se resuelve en la posterior inscripción por la subsanación de los defectos observados, o si se resuelve en la caducidad del asiento de presentación, la situación registral devendrá firme y en su virtud deberá el registrador resolver el expediente de designación de auditor.

Si la calificación negativa 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. Procede en consecuencia la desestimación del recurso por ser la resolución del registrador perfectamente coherente con la regulación legal y con la interpretación que de la misma lleva a cabo esta Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por lo demás, y con el ánimo de contestar al escrito de recurso, esta Dirección considera oportuno llevar a cabo los siguientes pronunciamientos.

En primer lugar, 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, resoluciones de 16 de abril de 2012, 26 de septiembre de 2014 y 23 de febrero de 2015). De los artículos 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 (artículo 209 de la Ley de Sociedades de Capital).

En segundo lugar, que si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento voluntario resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013, 24 de junio y 24 de octubre de 2014, 7 de mayo y 24 de septiembre de 2015 y 13 de mayo y 23 de noviembre de 2016).

4. Por lo que se refiere a la segunda cuestión enunciada al principio de la presente, el hecho de que al tiempo de dictar la presente, el nombramiento de auditor voluntario haya sido efectivamente inscrito, este Centro Directivo ha mantenido 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), 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.

5. En el expediente que da lugar a la presente concurren las anteriores circunstancias pues el nombramiento es anterior a la solicitud del socio minoritario y la inscripción en el Registro Mercantil garantiza que el depósito de cuentas no pueda llevarse a cabo sin la oportuna presentación del informe que contenga su verificación llevado a cabo por el auditor designado, tal como exige el artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital.

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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procede 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 *(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 o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; f) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. Si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Pontevedra n.º 1, don Vicente Artime Cot de fecha 16 de febrero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 abril de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Pontevedra.

Resolución de 9 de abril de 2018 (2.ª)

En el expediente 27/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Productos Disiclin S.A.»

HECHOS

I

Don …. presentó un escrito de fecha 26 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el día 7 de febrero inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y, como socio de «Productos Disiclin S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las 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 de socios el día 1 de diciembre de 2017 en la que se aprobó, bajo el segundo punto del orden del día, la aplicación del resultado del ejercicio 2016 a la no distribución de dividendos con el voto en contra del solicitante. La propuesta del órgano de administración consistía en aplicar el resultado en su integridad a reservas.

b) Que el socio hoy solicitante notificó mediante burofax a la sociedad, en fecha 29 de diciembre de 2017, el ejercicio de su derecho de separación de conformidad con la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital a lo que la sociedad contestó de forma negativa.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el orden del día de la junta general celebrada el

día 1 de diciembre de 2017 comprendía como primer punto del orden del día el examen y, en su caso, aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2016, presentadas por el consejo de administración y, como punto segundo, el examen y, en su caso, aprobación de la distribución de resultado del ejercicio 2016 propuesta por el consejo de administración. Que como resulta del acta notarial de la junta se aprobaron las cuentas anuales, así como el destino del resultado positivo a reservas. Que del acta no resulta la más mínima mención a una solicitud del solicitante de que se procediera a la distribución de un dividendo de acuerdo con el tenor del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que al no haber realizado ni solicitado la distribución del dividendo ni haberlo hecho constar en el acta, ha impedido al resto de socios y a la propia sociedad conocer su intención de separarse de la sociedad. Que así lo exige la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 26 de marzo de 2015 y así se deduce de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 2017 en la misma materia. 2.º Que la solicitud llevada a cabo por el socio sin la previa mención de su interés a que hubiese reparto de dividendo constituye un acto de mala fe y un abuso de derecho de conformidad con el artículo 7 del Código Civil, teniendo en cuenta además que la sociedad le ofreció celebrar junta general extraordinaria para el reparto de las reservas de forma compatible con su interés, ahora conocido.

De copia del acta notarial, aportada por la sociedad, de fecha 30 de noviembre de 2017 autorizada por el notario de Silleda, don Manuel Barros Gallego, resulta por diligencia de fecha 1 de diciembre de 2017, la constitución de la junta de la sociedad con la presencia del cien por cien del capital social, estando el socio hoy solicitante debidamente representado. Resulta igualmente que tras la aprobación del primer punto del orden del día relativo a las cuentas anuales: «Se debate en la junta sobre el segundo punto del orden del día, relativo al examen y, en su caso, aprobación de la distribución de resultados del ejercicio 2016 propuesta por el consejo de administración. Según recuento hecho por el presidente, se vota favorablemente por todos los socios, salvo por el socio don …., que representa el 32 por ciento del capital presente con derecho a voto y vota en contra el citado punto del orden del día. Como consecuencia de ello, declara el presidente aprobada la citada propuesta.»

III

El registrador mercantil de Pontevedra n.º 1, don Vicente Artime Cot dictó resolución en fecha 22 de febrero de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las acciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don …., como presidente del consejo de administración de la sociedad, por escrito de fecha 13 de marzo de 2018, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, fundamentado en los siguientes argumentos: «Que tal y como consta en el acta notarial de junta el solicitante no hizo el más mínimo comentario respecto de los diferentes puntos del orden del día limitándose a votar en contra de todos los acuerdos adoptados. Que la norma exige para que se puedan adoptar acuerdos en junta que la materia conste en el orden del día a fin de proteger el derecho del accionista. Que tratándose de la distribución del beneficio la propuesta parte siempre del órgano de administración y, por imperativo legal, debe resultar de la memoria de las cuentas anuales que posteriormente se someten a la aprobación de la junta. Pero esta propuesta queda sometida a las

modificaciones que quiera introducir el propio órgano de administración o los socios al efecto de ser votada, adoptándose finalmente la decisión que obtenga el mayor número de votos. Que el artículo 348 bis exige una actitud activa del socio al decir que el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación y por ello no sirve de ejemplo la sentencia de 23 de enero de 2006, traída a colación por el registrador en su resolución, al tratarse de supuestos distintos. Que el supuesto de la modificación del objeto o en los demás previstos en el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital es preciso que el socio no haya votado a favor lo que implica una actuación pasiva, pero en el supuesto del artículo 348 bis se exige que el socio haya solicitado, al menos, el reparto de un dividendo equivalente al 30% del beneficio, lo que le permitirá a los demás socios y al órgano de administración, conocer su intención y valorar las consecuencias. Es así porque el derecho de separación afecta a las relaciones entre los socios y puede colocar a la sociedad en una situación grave al ser muy gravosa la adquisición de las acciones del socio que se va. Que así lo entendió la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 26 de marzo de 2015 en un fallo muy claro. La pasividad del socio que se limita a votar negativamente no puede conllevar el nacimiento de un derecho omnímodo a separarse de la sociedad pues el voto negativo puede ser debido a la existencia de intereses contrarios o diferencias entre los socios.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y 8, 16, 22, 26 y 31 de enero, y 1, 7, 12, 13 (tres resoluciones), 22 (tres resoluciones), y 28 de febrero de 2018.

1. Aprobado en junta general el punto del orden del día por el que, a propuesta de la administración social, se destina el beneficio íntegramente a reservas, el único socio que ha votado en contra del acuerdo ejercita el derecho de separación con fundamento en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, solicitud que es amparada por la resolución del registrador mercantil. La sociedad recurre en base al único motivo de que no habiendo expresado el socio disidente su posición favorable al reparto de dividendos en la propia junta, no procede el reconocimiento del derecho de separación. A juicio del recurrente y en esencia, con fundamento en la propia dicción del artículo 348 bis y en la doctrina de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 26 de marzo de 2015, no basta con votar en contra de la

propuesta, sino que es preciso una actitud activa manifestada en la solicitud de que exista reparto de dividendo.

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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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. El recurso no puede prosperar. Como resulta de la doctrina expresada en las anteriores consideraciones el nacimiento del derecho de separación depende exclusivamente de la concurrencia de los requisitos legales exigidos por la norma que lo ampara. Como afirma la sentencia 32/2006 de 23 enero de nuestro Tribunal Supremo a que se ha hecho referencia anteriormente, el derecho de separación: «Nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (artículo 54.3 LSRL), que no es necesaria cuando sea notarial (art. 55.1 y 2 de la misma Ley) y no requiere que la sociedad lo acepte.» Es la adopción del acuerdo previsto en la norma y la oposición del socio el conjunto de hechos de los que nace el derecho de separación sin que pueda este supeditarse a otros no contemplados en el ordenamiento.

Con el fin de evitar la doctrina expuesta, la sociedad recurrente pretende llevar a cabo una distinción imposible entre los supuestos del artículo 346 y el del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital afirmando que en este último supuesto no es suficiente la concurrencia de los hechos anteriormente citados sino que, además, es necesario que el socio disidente haya adoptado una actitud activa en la junta en la que se adoptó el acuerdo, actitud que debe traducirse en una propuesta sobre distribución del dividendo. El fundamento del argumento consiste en afirmar los graves efectos que puede producir el ejercicio del derecho de separación, así como la necesidad de que la junta y el resto de los socios tenga conocimiento de las intenciones del socio disidente.

El argumento no puede prosperar pues los efectos que produce el ejercicio del derecho de separación es idéntico cualquiera que sea el supuesto en que se ampare *(vide* artículos 348 y 353 a 359 de la Ley de Sociedades de Capital), como idéntica es la ausencia del requisito de poner en conocimiento de la sociedad o del resto de socios cual haya de ser la intención del disidente. Es cierto que el efecto económico en la sociedad que puede deparar el ejercicio del derecho de separación puede conllevar un perjuicio, pero es precisamente por este motivo por lo que, como afirma la reiterada sentencia 32/2006 de 23 enero del alto Tribunal, el órgano responsable de elaborar la propuesta: «… habría que pensar se ha estudiado y meditado atentamente antes de proponer y de acordar la mutación de la que traen causa las actuaciones…»

6. Las anteriores conclusiones no se ven desvirtuadas por el contenido de la sentencia 81/2015 de 26 marzo de la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya interpretación se lleva a cabo de forma interesada. Es cierto que dicha sentencia afirma que: «En cualquier caso, entendemos que el socio minoritario que vota en el sentido exigido por la norma y que manifiesta expresamente su intención de ejercitar el derecho de separación por entender que los dividendos son insuficientes, no puede verse perjudicado por una norma confusa, de reciente incorporación a nuestro Ordenamiento, que en una interpretación estrictamente gramatical puede llevar a situaciones absurdas.»,

pero no lo es menos que la propia sentencia, siguiendo claramente la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo afirma que: «Por tanto, los presupuestos para el ejercicio del derecho de separación son los siguientes:… 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.»

Hay que tener en cuenta que la sentencia parte de un supuesto de hecho determinado en el que, a diferencia del que da lugar a la presente: «la propuesta de aplicación del resultado era abierta, esto es, sin precisar cuantías y destinos.» La concurrencia de esta circunstancia en el supuesto de hecho de la sentencia no justifica su extensión a otros supuestos distintos ni puede contrariar los requisitos exigidos por la norma y la interpretación que de los mismos lleva a cabo nuestro Tribunal Supremo.

En las sociedades de capital el orden del día lo elabora el órgano de administración que, tratándose de junta ordinaria, debe comprender necesariamente la propuesta de aplicación del resultado (artículos 253 y 273 de la Ley de Sociedades de Capital). Ante dicha propuesta la junta general puede debatir lo que tenga por conveniente pero sólo puede emitir un voto afirmativo o negativo (artículo 174 en relación a los artículos 198 y 201 de la Ley de Sociedades de Capital), con la única excepción de la junta constituida con carácter de universal que puede debatir y votar sobre cualquier asunto (artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital). No resulta de los hechos que la junta se constituyera con tal carácter *(vide* resoluciones de este Centro en materia de recursos contra la calificación de los registradores de 29 de noviembre de 2011 y 12 de diciembre de 2016, entra otras), por lo que no procede prejuzgar cual habría de ser, en tal circunstancia, la interpretación del sentido del voto del socio que ejercita el derecho de separación.

De los hechos expuestos resulta que la junta general votó a favor de la propuesta de la administración de destinar la totalidad del beneficio a reservas y que el socio que ejercita su derecho de separación voto en contra de la propuesta. Como ha reiterado esta Dirección General en la materia que nos ocupa (resoluciones de 4 y 22 de diciembre de 2017, 8 de enero, 12, 13, 22 y 28 de febrero de 2018), el ejercicio del derecho de separación 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. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

Resultado de los hechos la concurrencia de los requisitos expresados para el ejercicio del derecho de separación procede la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Pontevedra n.º 1, don Vicente Artime Cot de fecha 22 de febrero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 abril de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Pontevedra.

Resolución de 19 de abril de 2018

En el expediente 33/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Promociones Proast, S.L.»

HECHOS

I

Doña …. presenta escrito de fecha 8 de enero de 2018, 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 la mercantil «Promociones Proast, S.L. (titular del 28,33 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 12 de enero de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 18, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 25 de enero presentado el día siguiente alegando que «el día 23 de noviembre de 2017 se acordó nombrar para la realización de la auditoría de las cuentas de la Sociedad a la mercantil «Grupo P&L Auditores, S.L.», siendo aceptado el nombramiento el día 29 del mismo mes y año. Se acompaña acta del nombramiento y de la aceptación». «El nombramiento y la aceptación aún no han sido inscritos en Registro al haberse denegado su inscripción por defectos subsanables, pero fueron presentados, igualmente, antes de la solicitud, esto es, el 20 de diciembre de 2017».

Con fecha 29 de enero de 2018, al no resultar el cargo de los archivos del Registro, se requiere a la sociedad para que aporte los documentos acreditativos de la designación del firmante, don …., como administrador de la sociedad. Dicho requerimiento es atendido el día 8 de febrero de 2018 presentando la documentación requerida.

III

El registrador mercantil de Madrid, don Antonio García Conesa dictó resolución en fecha 14 de febrero de 2018 por la que acordó al encontrarse vigente el asiento de presentación mencionado «dejar en suspenso el nombramiento de auditor a instancia del socio durante el plazo de vigencia del asiento (Asiento 581 del Diario 2804), procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado si durante ese periodo no se inscribe el nombramiento aprobado por la sociedad, se aporta el correspondiente informe de auditoría al expediente o se acredita fehacientemente la entrega de dicho informe al solicitante».

IV

Doña….interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 14 de febrero, alegando que «esa inscripción defectuosa relativa al nombramiento de auditor de cuentas por una supuesta designación por un también supuesto órgano de administración es insostenible su posible inscripción porque la certificación que da soporte es manifiestamente falsa porque ni registralmente ni en ninguna junta de socios cuyos acuerdos no estén inscritos, se nombró a esos dos supuestos administradores solidarios tras el cese de ambos por acuerdo de la junta y esto sí está inscrito y publicado en el BORME de 20/1/2017 pág. 3298», y concluye indicando que «posteriormente al cese la junta de socios cambió el órgano de administración de administradores solidarios a administrador único y designo a Manuel Labrador Pérez sin constar expresa aceptación de éste,…, siendo la certificación manifiestamente falsa, es por tanto nula».

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.

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 resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil con fecha 8 de enero de 2017 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar certificación del acuerdo de fecha 23 de noviembre de 2017, así como la aceptación por parte de auditor designado para el ejercicio 2017 por escrito de fecha 29 de noviembre.

La cuestión se traslada por tanto 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 14 de febrero de 2018 resulta que la sociedad solicitó la inscripción del nombramiento de auditor en fecha 20 de diciembre de 2017, siendo calificada defectuosamente el día 12 de enero de 2018.

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 llevar a cabo 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 cali-

ficación 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 20 de diciembre de 2017, causando el asiento de presentación 581 del Libro Diario 2804, número de entrada 1/2017/168635, ha sido calificada como defectuosa el 12 de enero de 2018 encontrándose vigente. Por tanto, resulta la 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 resulta procedente la resolución del registrador mercantil recurrida de «dejar en suspenso el nombramiento de auditor durante el plazo de vigencia del asiento (Asiento 581 del Diario 2804), procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado si durante ese periodo no se inscribe el nombramiento aprobado por la sociedad, se aporta el correspondiente informe de auditoría al expediente o se acredita fehacientemente la entrega de dicho informe al solicitante».

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don Antonio Conesa García, de fecha 14 de febrero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 abril de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 23 de abril de 2018 (1.ª)

En el expediente 32/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Transportes Estebanez e Hijos, S.L.».

HECHOS

I

Don …. presenta escrito de fecha 6 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Valladolid, 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 la mercantil «Transportes Estebanez e Hijos, S.L.» (titular del 25,11% del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 16 de enero de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 18 del mismo mes, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 24 de enero presentado el mismo día, alegando que «en el mes de diciembre de 2017 la empresa contrató los servicios profesionales de auditoría con AOB Auditores, conforme consta en el documento suscrito por ambas partes que se acompaña con el presente escrito. Por consiguiente, ya hay un auditor nombrado por la sociedad y además por un periodo de tres años». Acompañan contrato de auditoría firmado por ambas partes de fecha 19 de diciembre de 2017 correspondiente a los ejercicios 2017, 2018 y 2019.

III

Con fecha 24 de enero de 2018 se dio traslado del escrito de oposición al socio solicitante para que realizara las alegaciones que considerara oportunas. Dicho requerimiento es atendido por escrito de fecha 8 de febrero de 2018 solicitando que se desestime la oposición y se proceda al nombramiento de un auditor de cuentas.

IV

El 27 de febrero de 2018 se requiere a la sociedad «Transportes Estebanez e Hijos, S.L.» para que aporte bien la documentación relativa a la designación de auditor que permita su inscripción, bien el informe de verificación para su incorporación al expediente o bien la justificación de que se le ha entregado al socio solicitante. El día 9 de marzo los administradores mancomunados de la sociedad aportan certificación del órgano de administración relativa a la mencionada designación, con las firmas debidamente legitimadas, así como escrito de AOB Auditores aceptando el encargo con firma también legitimada. Tal presentación concluyó con la inscripción décima de la hoja social practicada el 15 de marzo

de 2018, por la que se procede a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2017.

V

La registradora mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz, dictó resolución de fecha 16 de marzo de 2018 por la que acordó «estimar la oposición formulada al haberse cumplido las condiciones requeridas para que el nombramiento de auditor efectuado de forma voluntaria por la sociedad para enervar la designación de auditor de cuentas realizada por el socio minoritario.»

VI

Don …. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 16 de marzo, alegando que «solo tras ser requerida expresamente por la Registradora la sociedad presentó el día 9 de marzo de 2018 un escrito aportando certificación emitida por dos de los administradores mancomunados de la sociedad sobre el acuerdo de nombramiento de auditor, certificación fechada el día 5 de marzo de 2018 con firmas legitimadas por el notario el día 9 de marzo de 2018». Concluye por tanto que «todo ello conduce a pensar que la sociedad solo procedió al nombramiento de auditor y a la firma del contrato de prestación de servicios con posterioridad a la presentación de la solicitud.».

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.

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 resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 15 de enero de 2017 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar certificación del acuerdo de diciembre de 2017, así como copia del contrato de auditoría de fecha 17 de diciembre de 2017 y escrito firmado el día 5 de marzo de 2018 por don …. como socio y representante de la compañía auditora en el que certifica la aceptación por parte de auditor designado para el ejercicio 2017 en diciembre del mismo año. Tal presentación fue objeto de la inscripción décima de la hoja social de la mercantil Transportes Estébanez e Hijos S.L.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

3. El recurso no puede prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación del acuerdo, como el contrato suscrito por ambas partes en fecha 2017. En este sentido conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario que, de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia de la presentación de la documentación en cuestión, y como resulta de los antecedentes de hecho, dicha presentación concluyó con la inscripción décima de la hoja social practicada el 15 de marzo de 2018, por la que se procede a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejerci-

cio 2017. Por tanto, 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también 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 expediente, pero si tenemos en cuenta: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento del auditor nombrado por la sociedad que, por otra parte, había sido designado con anterioridad a la petición del socio minoritario; 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 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. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz, de fecha 16 de marzo de 2018, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 abril de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valladolid.

Resolución de 23 de abril de 2018 (2.ª)

En el expediente 43/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bioenzimas del Mediterráneo, S.L.».

HECHOS

I

Don …. presentó escrito de fecha 27 de febrero de 2018, 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 2017.

II

De dicho escrito de solicitud se dio traslado a la sociedad con fecha 1 de marzo de 2018, siendo recibido con fecha 5 del mismo mes, sin que por la misma se haya formulado oposición.

III

El registrador mercantil de Castellón I, don Manuel Alberto Gomis Segarra, dictó resolución de fecha 15 de marzo de 2018 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don……, como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 28 de marzo de 2018, que tuvo entrada el día 6 de abril del mismo año en el Registro Mercantil de Castellón, interpuso recurso esta Dirección General contra dicha resolución, alegando, en esencia, que las cuentas no han sido confeccionadas ni se encuentran aprobadas por lo que no procede designación de auditor, así como 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 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 (artículo 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 (artículos 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 sólo 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 (artículo 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 Gene-

ral 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 (artículo 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 registrador mercantil de Castellón I, don Manuel Alberto Gomis Segarra, de fecha 15 de marzo de 2018 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado

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

Madrid, 23 de abril de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Castellón.

Resolución de 23 de abril de 2018 (3.ª)

En el expediente 45/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Autobuses Ifach, S.L.».

HECHOS

I

Doña …. presenta escrito de fecha 15 de febrero de 2018, dirigido al registro mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 22 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo

del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de la mercantil «Autobuses Ifach, S.L.» (titular del 11,21 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 23 de febrero de 2018 en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 7 de marzo presentado el día siguiente, alegando que «en fecha 28 de diciembre de 2017 los administradores mancomunados de la sociedad designaron auditor de las cuentas anuales de «Autobuses Ifach, S.L.» a «Moragues Auditores S.L.». «Que según consta en certificado emitido en fecha 28 de diciembre de 2017, «Moragues Auditores S.L.», representado por don … en calidad de administrador único de la mencionada sociedad auditora aceptó la designación». «Que el nombramiento de auditor de la sociedad «Autobuses Ifach S.L.» figura inscrito en el Registro Mercantil de Alicante en fecha 15 de enero de 2018 con número de entrada 1/2018/167,0».

III

El registrador mercantil de Alicante II, don Fernando Trigo Portela, dictó resolución de fecha 9 de marzo de 2018 por la que acordó «estimar la oposición planteada por la sociedad «Autobuses Ifach S.L.» contra la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas presentada por doña … y no proceder al nombramiento de auditor solicitado.»

IV

Doña….interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 9 de marzo alegando, tras reconocer el relato fáctico anteriormente expuesto, que «el Registrador Mercantil no debió aceptar tal designación y mucho menos inscribir el nombramiento de auditor», ya que entiende que «la designación de auditor llevada a cabo por los administradores no es válida, debiendo considerarse nula de pleno derecho y, en consecuencia, dejarse sin efecto la inscripción de nombramiento y aceptación del cargo del auditor designado.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, artículo 20 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio,

artículo 7 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y 1.º de la Ley Hipotecaria, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Como cuestión previa, y en relación con la inscripción ya practicada del auditor de cuentas de la sociedad «Autobuses Ifach, S.L.», hay que recordar lo dispuesto en el art. 20.1. del Código de Comercio, según el 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», por su parte, también en el ámbito mercantil, el artículo 7.º del Reglamento del Registro Mercantil dispone que «1. El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad»; en el mismo sentido, el párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, dispone que «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley».

2. 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.

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 presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 15 de febrero de 2017 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo mediante acuerdo de 28 de diciembre aceptado por la sociedad auditora según resulta de certificado de fecha 28 de diciembre de 2017 e inscrito en el Registro Mercantil de alicante el 15 de enero en la inscripción 11 de la hoja social A-21783.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

4. El recurso no puede prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación del acuerdo y aceptación de la auditora designada, así como su inscripción registral. En este sentido conviene recordar el estrecho contenido del presente expediente que se limita a examinar la concurrencia o no de los requisitos objetivos que determinen la procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario, sin que puedan dirimirse en el seno del mismo cualquier otra cuestión, como es la «nulidad de pleno derecho» del nombramiento de auditor alegada por el recurrente, cuestión reservada al correspondiente procedimiento judicial.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de registrador mercantil de Alicante II, don Fernando Trigo Portela, de fecha 9 de marzo de 2018, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 abril de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 23 de abril de 2018 (4.ª)

En el expediente 48/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «LOGE, S.A.».

HECHOS

I

Don …. presentó escrito de fecha 29 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, en el que tuvo su entrada el día 9 de febrero del mismo año, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como 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 2017.

II

Que la sociedad, notificada por don Joaquín Torrente García de la Mata, registrador mercantil de Guipúzcoa I, mediante correo certificado con acuse de recibo el día 14 de febrero de 2018, presentó escrito de oposición con fecha 20 del mismo mes, alegando, en esencia, que la solicitud se realiza con abuso de derecho, que la sociedad en liquidación no se encuentra obligada a formular cuentas anuales ni auditoría, que ha aprobado balance final de liquidación, por lo que no es admisible formulación de cuentas ni auditoría y, finalmente, que es imposible la reactivación de la sociedad.

III

Del anterior escrito de oposición se dio traslado al solicitante quien presentó alegaciones por medio de escrito de 7 de marzo de 2018, que tuvo su entrada en el registro mercantil el día 9 del mismo mes y año.

IV

El registrador mercantil de Guipúzcoa I, don Joaquín Torrente García de la Mata, dictó resolución de fecha 14 de marzo de 2018 por la que acordó desestimar la oposición de la sociedad.

V

Don …. interpuso recurso ante esta Dirección General contra resolución del registrador mercantil de 14 de marzo, mediante escrito fechado el día 12 de abril de 2018 y que tuvo su entrada en el registro mercantil el mismo día 12, en el que, además de otras manifestaciones

relativas a la situación social y contable de la mercantil, reitera 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. 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 de ejercicios pasados en recursos planteados 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, como es el caso del presente expediente, 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, además, 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.

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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de registrador mercantil de Guipúzcoa I, don Joaquín

Pedro Torrente García de la Mata, de fecha 14 de marzo de 2018, por la que resuelve desestimar la oposición de la sociedad.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa 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 abril de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Guipúzcoa.

Resolución de 23 de abril de 2018 (5.ª)

En el expediente 39/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Alonso Manufacturas Metálicas, S.L.».

HECHOS

I

Don …. presentó escrito de fecha 8 de enero de 2018 dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, en el que tuvo su entrada el mismo día 8, 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 «Alonso Manufacturas Metálicas, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 17 de enero de 2018 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 18 de febrero de 2018 alegando, en esencia, que con fecha 27 de diciembre de 2017 se convocó Junta para, entre otros asuntos, designar auditor, y que dicha Junta, celebrada el 16 de enero de 2018, acordó el nombramiento de auditor en la firma «AGEM Consultores, S.L.».

III

Del anterior escrito de oposición se dio traslado al solicitante quien presentó alegaciones por medio de escrito de 5 de febrero de 2018, que tuvo su entrada en el registro mercantil el 8 del mismo mes y año, y en el que, aparte de otras manifestaciones que no atañen a este expediente, y tras reconocer que en la Junta de 16 de enero de 2018 se acordó la designación de quien se proponía en la convocatoria, señala que «ello no enerva en modo alguno la solicitud del socio minoritario por cuanto que la misma fue formulada con anterioridad a la celebración de la referida Junta y en el momento en que se encontraba habilitado legalmente para solicitarlo».

IV

El registrador mercantil de Guipúzcoa I, don Joaquín Pedro Torrente García de la Mata, dictó resolución de fecha 6 de marzo de 2018, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita, en concreto, al haberse acreditado la inscripción del nombramiento y aceptación del auditor nombrado voluntariamente con carácter previo a la resolución del registrador.

V

Don …., por escrito de fecha 28 de marzo de 2018, que tuvo entrada el día 3 de abril en el registro mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, en el que, además de otras manifestaciones relativas a la situación social y contable de la mercantil, aduce como único motivo de recurso el ya expresado en su escrito de alegaciones a la oposición de la sociedad, esto es, que no puede ser enervada la solicitud del socio minoritario por cuanto que su petición es anterior en el tiempo a la inscripción de la auditoría voluntaria en el registro mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, artículo 20 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, artículo 7 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y 1.º de la Ley Hipotecaria, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Como cuestión previa, y en relación con la inscripción ya practicada del auditor de cuentas de la sociedad «Alonso Manufacturas Metálicas, S.L.», hay que recordar lo dispuesto en el art. 20.1. del Código de Comercio, según el 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», por su parte, también en el ámbito mercantil, el artículo 7.º del Reglamento del Registro Mercantil dispone que «1. El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad»; en el mismo sentido, el párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, dispone que «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley».

2. En segundo lugar, y en cuanto a la alegación esencial y única, en lo que a este expediente interesa, de que no puede ser enervada la solicitud del socio minoritario por cuanto que su petición es anterior en el tiempo a la inscripción de la auditoría voluntaria en el registro mercantil, efectivamente, hay que tener en cuenta que 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; 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procede 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 expediente, pero si tenemos en cuenta: a) que la convocatoria de la junta es anterior a la solicitud del socio lo que acredita la iniciativa social; b) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento del auditor nombrado por la sociedad ; c) 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; d) 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; e) 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; f) 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 o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; g) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de registrador mercantil de Guipúzcoa I, don Joaquín Pedro Torrente García de la Mata, de fecha 6 de marzo de 2018, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 abril de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Guipúzcoa.

Resolución de 25 de abril de 2018 (1.ª)

En el expediente 35/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Café Meloneras, S.L.».

HECHOS

I

Don …. presentó escrito de fecha 22 de enero de 2018, con firma legitimada notarialmente el día 26 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, en el que tuvo su entrada el día 26 del mismo mes a las 13.14 horas, según resulta de los datos de presentación que obran en el expediente con arreglo al sello de presentación del mismo en el citado registro, 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 «Café Meloneras, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 9 de febrero de 2018, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo día 9 de febrero, alegando, en esencia, que con fecha 26 de enero de 2018 el administrador designó auditor voluntario para los ejercicios 2017 a 2019 a la mercantil «Peraza y Compañía Auditores, S.L.P.», nombramiento que fue aceptado en esa misma fecha y que se halla debidamente inscrito en el registro mercantil.

III

El registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, don Adolfo Calandria Amigueti, dictó resolución de fecha 9 de marzo de 2018, por la que, dejando aparte los argumentos relativos al escrito de oposición anteriormente indicado, resuelve no acceder al nombramiento de auditor solicitado por don …. al estimar que el solicitante no ostenta el capital mínimo exigido para ello, quedando por tanto incumplido el apartado 1.º del número 1 del artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil, no procediendo por tanto el nombramiento de auditor.

IV

Don …., por escrito de fecha 28 de marzo de 2018, que tuvo entrada el día 2 de abril en el registro mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, en el que, además de otras manifestaciones relativas al nombramiento de auditor voluntario, manifiesta ostentar una participación en la sociedad superior al 5% del capital social de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro, 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 (artículo 21 del Código de Comercio). Sólo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es exacto y válido (artículo 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 (artículo 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 (artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital), y legitima para ejercitar los derechos inherentes a la misma (artículo 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 (artículo 34 de la propia Ley), o de la responsabilidad que de dicha circunstancia derive hacia los administradores (artículo 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 (artículo 104 de la Ley), y el ejercicio de los derechos inherentes a esta condición: derecho al dividendo (artículo 275), a la cuota de liquidación (artículo 392), al de asunción o suscripción preferente (artículo 304), al de asistir (artículo 179), y votar (artículo 188), en las juntas generales, así como el de obtener información (196 y 197 de la Ley), e impugnar los acuerdos sociales (artículo 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 (artículo 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).

3. 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 valida adopción de los acuerdos sociales. Así, en el momento mismo de la presentación de la solicitud, don …. no ostentaba ya el capital mínimo exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, toda vez que según resulta del expediente, el acta notarial de la Junta General se celebró a las 9.00 horas del día 26 de enero de 2.018 y acabada a las 10.16 horas, y la solicitud fue presentada en el registro a las 13.14 horas del mismo día 26 de enero, según resulta de los datos de presentación que obran en el expediente con arreglo al sello de presentación del mismo en el citado registro, cuando ya se había acordado por los socios el aumento de capital anteriormente relacionado. Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

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).

4. En cuanto a las manifestaciones del recurrente relativas al auditor voluntario, hay que tener en cuenta que con fecha 26 de enero de 2018 el administrador designó auditor voluntario para los ejercicios 2017 a 2019 a la mercantil «Peraza y Compañía Auditores, S.L.P.», nombramiento que fue aceptado en esa misma fecha y que se halla 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procede, asimismo, por este motivo, la desestimación del recurso.

Así, aun cuando la solicitud de inscripción de la auditoría hubiere sido posterior a la presentación de la instancia, si tenemos en cuenta: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento 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 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. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, don Adolfo Calandria Amigueti, de fecha 9 de marzo de 2018, por la que resuelve no acceder al nombramiento de auditor solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa 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 abril de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Las Palmas.

Resolución de 25 de abril de 2018 (2.ª)

En el expediente 36/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gestión y Desarrollo del Confital, S.A.».

HECHOS

I

Don …., en su condición de administrador único de la sociedad «Inmobiliaria Montecastillo, S.L.», presentó escrito de fecha 17 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, en el que tuvo su entrada el día 2 de febrero, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Gestión y Desarrollo del Confital, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

El registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, don Francisco de Asís Fernández Rodríguez, notifica a la sociedad mediante resolución de fecha 6 de febrero de 2018 para que, en su caso, ejercite el derecho de oposición a tal solicitud.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que «la asamblea de socios constituida en Junta General Extraordinaria de fecha 20 de marzo de 2017, en desarrollo del punto quinto del orden del día, designo auditor a la firma Sánchez Marichal Auditores S.L. y en su representación a su socio don …. .». Concluye que «la documental aportada acredita el nombramiento del auditor en forma y plazo, y, además, adicionalmente, prueba la mala fe con la que están actuando los solicitantes, radicando la última causa de sus acciones, no en el beneficio de la sociedad y sus socios, sino en el de producir gastos y complicaciones a la compañía según su espurio interés».

IV

El registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, don Francisco de Asís Fernández Rodríguez, dictó resolución de fecha 19 de marzo de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don …. y don……, Consejeros Delegados mancomunados de la sociedad, por escrito de fecha 3 de abril de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Las

Palmas de Gran Canaria, interpusieron 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 del mismo, al aportar «un acta notarial por la que el propio solicitante expulsa a los órganos de la sociedad Gestión y Desarrollo del Confital S.A. del domicilio social sin permitir a sus legítimos representantes extraer ningún documento de la propia sociedad. Son estos documentos los que se precisan para poder realizar la auditoría sobre las cuentas sociales que se está interesando, por lo que el solicitante está obrando de mala fe y en fraude de ley».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede estimarse el recurso interpuesto pues el motivo alegado por la sociedad no puede imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

En concreto, los motivos de recurso se pueden agrupar en dos: la falta de buena fe y, por tanto, las posibles consecuencias de contenido negativo para la sociedad sin beneficio alguno para el mismo; así como la concurrencia de fraude de ley en tal petición.

2. Respecto a la primera cuestión, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (artículo 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 (artículo 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 relación con la concurrencia de fraude de ley en la solicitud, es constante doctrina de este Centro Directivo 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 (artículos 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. 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, don Francisco de Asís Fernández Rodríguez, de fecha 6 de febrero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 abril de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Las Palmas.

Resolución de 25 de abril de 2018 (3.ª)

En el expediente 42/2018 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Elgorriaga Brands, S.A.»

HECHOS

I

Por escrito de fecha 22 de marzo de 2018, con entrada en el Registro Mercantil de Ávila el día 27 inmediato posterior, don …., quien actúa en representación de la sociedad Elgorriaga Brands, S.A., en su calidad de administrador, solicita al amparo del artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil el nombramiento como auditor de cuentas de la empresa Audicat Barna S.L., con ROAC S1599, a fin de llevar a cabo la realización del informe de verificación correspondiente a los ejercicios 2014, 2015 y 2016.

El solicitante considera de aplicación el precepto citado en base, resumidamente, a las siguientes circunstancias: Que tras diversas vicisitudes que han afectado a la composición del accionariado y a la administración social, la sociedad, de notoria influencia empresarial en la zona, es de un accionista único quien está intentando reconstruir la contabilidad y la situación social con el fin de evitar su desaparición. Que la sociedad de auditoría Audicat Barna S.A. realizó los trabajos de auditoría del ejercicio 2014 y tiene perfecto conocimiento de la situación social habiendo realizado un exhaustivo trabajo de reconstrucción a partir de la escasa información disponible. Que la misma sociedad ha sido designada para los ejercicios 2015 y 2016 a fin de continuar con la reconstrucción contable de la situación

empresarial. Que la sociedad pretende, por primera vez, dar una imagen real y fiel de la situación de la empresa. Que se trata de una situación excepcional que quedaría truncada de entrar en liza un auditor externo, desconocedor de la difícil situación por la que está transcurriendo la sociedad.

El registrador mercantil de Ávila, don Jesús María Jiménez Jiménez, mediante resolución de 12 de abril de 2018 considera pertinente la designación de auditor para los ejercicios 2014, 2015 y 2016 en la persona de la sociedad Audicat Barna S.L., con ROAC S1599 y eleva el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil. El registrador fundamenta su resolución en los siguientes hechos:

a) El libro de inscripciones de la sociedad se encuentra cerrado por falta de depósito de cuentas de los ejercicios 2014, 2015 y 2016, si bien consta la nota marginal prevista en el artículo 378.5 del Reglamento del Registro Mercantil.

b) De los archivos del Registro resulta que a instancia de la propia sociedad se abrieron expedientes para la designación de auditor para los ejercicios 2014 y 2015, los cuales fueron objeto de cierre, el primero por renuncia del auditor designado y el segundo, por renuncia de la sociedad solicitante.

c) La conveniencia de que la sociedad, que efectivamente tiene una fuerte implantación en la provincia, regularice su situación tras unos años de gran complejidad y pueda depositar sus cuentas anuales.

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. 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, entre otras), 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.

2. 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 a 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 de hecho que da lugar a la presente (con antecedentes en esta misma Dirección General de los Registros y del Notariado), por cuanto resulta acreditado suficientemente tanto la decidida voluntad de la sociedad de regularizar su situación contable y legal como la dificultad o, mejor, imposibilidad de llevarlo a cabo por el trámite ordinario previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. Resulta igualmente que el registrador mercantil del domicilio social así lo ha considerado a la luz del historial de la sociedad y del contenido de su solicitud.

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

En su virtud, esta Dirección General resuelve:

1.º Procede la aplicación del procedimiento excepcional previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil por cuanto el solicitante así lo ha justificado debidamente.

2.º Confirmar el nombramiento del auditor designado, la compañía Audicat Barna S.L., con ROAC S1599 para la práctica de la auditoría de la sociedad solicitante correspondiente a los ejercicios 2014, 2015 y 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, 25 de abril de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Ávila.

Resolución de 25 de abril de 2018 (4.ª)

En el expediente 49/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Son Bou To Rent, S.L.».

HECHOS

I

Doña …. presentó escrito de fecha 19 de febrero de 2018 dirigido al Registro Mercantil de Menorca, en el que tuvo su entrada el mismo día 19, 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 «Son Bou To Rent, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia por medio de escrito de fecha 28 de febrero de 2018 alegando, en esencia, que el artículo 356 del Reglamento de Registro Mercantil establece excepciones al sistema de nombramiento cuando concurren circunstancias especiales, siendo estas circunstancias especiales, a criterio del interesado, la no obligación de la sociedad de someterse a la auditoría de cuentas, la paupérrima situación económica de la sociedad así como que la sociedad en todo momento ha puesto a disposición del socio la información por él solicitada.

III

El registrador mercantil de Menorca, dictó resolución de fecha 9 de marzo de 2018, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

IV

Don …., en nombre y representación de la sociedad, por escrito de fecha 10 de abril de 2018, que tuvo entrada el mismo día 10 en el Registro Mercantil Menorca, interpuso recurso 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 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, el recurrente confunde los distintos supuestos que prevén los artículos 265 de la Ley de Sociedades de Capital y el recogido en el artículo 356 del citado Reglamento del Registro Mercantil, precepto este último que contempla las excepciones al sistema ordinario de nombramiento de auditor, únicas que habilitan para la no aplicación del sistema ordinario, y no las que como tal pretende argüir el recurrente. En concreto, el artículo 356 dispone que «por excepción a lo dispuesto en el artículo anterior, cuando concurran circunstancias especiales o la última cuenta de pérdidas y ganancias depositada en el Registro de la sociedad a auditar no se hubiera formulado de forma abreviada, o la sociedad a auditar estuviera legalmente obligada a formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados, el Registrador Mercantil, a falta de normas conforme a las cuales proceder en estos casos, podrá solicitar de la Dirección General de los Registros y del Notariado la designación de auditor para proceder a su nombramiento». Nada de lo anterior concurre en la sociedad por lo que obra en este expediente.

Lo anterior, unido al cumplimiento por la 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 la socia 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 2017.

2. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, dada la paupérrima situación económica de la mercantil, 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 (artículo 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. Finalmente, por lo que se refiere a la alegación del supuesto conocimiento de la marcha de la sociedad por parte de la solicitante al haber puesto la sociedad a disposición del socio la información solicitada, no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto

conocimiento de la marcha de la sociedad y de las cuentas de la misma *(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.* 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» (artículo 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 Menorca, de fecha 9 de marzo de 2018, por la que estima la solicitud 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 Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 25 de abril de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Menorca.

Resolución de 4 de mayo de 2018 (1.ª)

En el expediente 12/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inmobiliaria Udels, S.L.».

HECHOS

I

Doña …. presentó escrito de fecha 2 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, en el que tuvo su entrada el mismo día 2, 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 Udels, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La registradora mercantil de Málaga, doña María Dolores Fernández Pacheco-Fernández, notifica a la sociedad mediante resolución de fecha 3 de enero de 2018 para que, en su caso, ejercite el derecho de oposición a tal solicitud.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que «esta sociedad había venido llevando a cabo negociaciones con auditores de la provincia, habiendo suscrito un contrato de auditoría con D. ….» si bien la convocatoria al efecto de la ratificación de designación no se celebró, pero «la socia instante del nombramiento de auditor conocía que la sociedad sería objeto de auditoría porque así constaba en la primera convocatoria».

IV

La registradora mercantil de Málaga, doña María Dolores Fernández Pacheco-Fernández, dictó resolución de fecha 11 de enero de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don …., administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 29 de enero de 2018, que tuvo entrada el día 31 de enero en el Registro Mercantil de Málaga, 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 existencia de un nombramiento de auditor por parte de la mercantil así como la concurrencia de mala fe en la solicitud de la socia minoritaria al conocer la existencia de tal nombramiento, incurriendo en un abuso de derecho.

VI

Esta Dirección General, al amparo de lo dispuesto en el artículo 118 de la la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, requiere por resolución de 27 de marzo a la mercantil para que justifique debidamente: el hecho de haberse procedido a la inscripción en el Registro Mercantil o bien de haberse

entregado el informe de verificación contable a los socios solicitantes o bien para que aporte el informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2017, apercibiéndole de que de no hacerlo procederá a dictar resolución de acuerdo al contenido del expediente.

Don …., en nombre y representación de don …. como administrador único, atiende al mencionado requerimiento por escrito de fecha 23 de abril en el que ratifica el conocimiento por la socia del nombramiento de auditor voluntario reconociendo la imposibilidad de aportar el informe de verificación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede estimarse el recurso interpuesto pues el motivo alegado por la sociedad no puede imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

En concreto, los motivos de recurso se pueden agrupar en dos: el nombramiento de auditor voluntario pese a no estar inscrito en el Registro Mercantil ni haber concluido el informe de auditoría; y la falta de buena fe por parte del socio solicitante.

2. Respecto del primer motivo de recurso, 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 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.

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.

Debe por tanto concluirse que en el presente expediente no puede prosperar el recurso por tal argumento al no haber quedado acreditado el cumplimiento de los requisitos anteriormente expuestos para enervar la solicitud del socio minoritario.

3. 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 (artículo 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 (artículo 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 relación con la posible concurrencia de fraude de ley en la solicitud, es constante doctrina de este Centro Directivo 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 nom-

bramiento 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 (artículos 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.

5. 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Málaga, doña María Dolores Fernández Pacheco-Fernández, de fecha 11 de enero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Málaga.

Resolución de 4 de mayo de 2018 (2.ª)

En el expediente 38/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Adisgrup Climatizaciones Mecánicas Eléctricas, S.L.»

HECHOS

I

Don …., como director general de la mercantil Suris S.L., presentó un escrito de fecha 22 de febrero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Navarra, en el que tuvo su entrada el día 26 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de «Adisgrup Climatizaciones Mecánicas Eléctricas, 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 la sociedad celebro junta general el día 20 de diciembre de 2017. Del acta autorizada en fecha 18 de diciembre de 2018 por el notario de Burlada don Luis María Pegenaute Garde, y de su diligencia del día 20 inmediato posterior, resulta que en dicha fecha se reunió el cien por cien del capital social.

Que como segundo punto del orden del día se encontraba el siguiente: «Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado». Que la administradora entrega al notario, en el transcurso de la junta, un documento relativo a la propuesta de distribución del resultado del ejercicio 2016 que incorpora al acta. De dicho documento resulta que la base de reparto asciende a 70.157,33 euros. Que a reserva legal se destina 2.324,52 euros. Que a reserva voluntaria se destina 67.832,81 euros. Que dicha propuesta se hace de acuerdo al informe de auditoría y a la memoria.

Que sometida a votación la propuesta fue aprobada por el 70% del capital social con el voto en contra de la entidad Suris S.L. que representa el 30% del capital social. Consta en el acta la manifestación expresa de la sociedad Suris S.L. de que solicita la distribución de beneficios.

Consta protocolizado en el acta el informe de auditoría de fecha 10 de noviembre de 2017 del que resulta opinión favorable. De la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 2016 resulta un resultado positivo de 70.157,35 euros. Del apartado séptimo de la memoria resulta una propuesta de aplicación de resultado que coincide con la expresada más arriba, así como la expresión de unos fondos propios que ascienden a 904.722,18 euros (360.000 capital social; 69675,48 reserva legal; 404.889,35 reservas voluntarias; 70157,35 pérdidas y ganancias).

b) Que mediante burofax de fecha 29 de diciembre de 2017 la socia comunicó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que, si bien se acepta la legitimación del socio, así como el hecho de la comunicación en fecha 29 de diciembre de 2017, no existe falta de

acuerdo entre la sociedad y el socio sobre los aspectos del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, sino que además no existe el derecho de separación. 2.º Que la sociedad en fecha 26 de enero de 2018 notificó a la socia su absoluta oposición al ejercicio del derecho de separación en cuyo contenido se reitera. 3.º Que la sociedad entiende que cualquier discrepancia sobre la existencia o no del derecho de separación debe ser objeto del correspondiente procedimiento judicial previa impugnación por el socio que lo pretende ejercitar del acuerdo adoptado en la junta general, al ser los Tribunales los únicos competentes para la declaración de la existencia o no de tal derecho. Que también corresponde a los Tribunales velar, en el caso de que exista el derecho, que se ejercite correctamente y no con mala fe. 4.º Que en 2010 los socios se repartieron una cantidad de dinero que se hicieron constar como préstamo de la sociedad a cinco años constituyendo un reparto de beneficios encubierto por lo que ni se ha devuelto el préstamo ni se han iniciado acciones para recuperarlo por lo que deben llevarse a pérdidas. Que en el ejercicio 2017 hay abundantes pérdidas, circunstancia que era conocida por los socios y que va a dejar el patrimonio neto por debajo del capital social. Que de todo ello resulta la irresponsabilidad de repartir beneficio. 5.º Que mantiene la existencia de defectos formales que se pusieron de manifiesto en el burofax (no solicitud de complemento de convocatoria con propuesta alternativa de reparto; no constancia de reserva de ejercicio del derecho de separación). 6.º Que la socia pretende ejercer el derecho de separación en fraude de ley con el único fin de forzar a la sociedad a comprar sus participaciones. 7.º Que solicitan del registrador mercantil que no proceda a la designación de experto por no concurrir los requisitos del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital sobre falta de acuerdo en relación al valor razonable de las participaciones, sobre la persona que haya de valorarlas o sobre el procedimiento a seguir.

III

El registrador mercantil de Navarra n.º 2, don Fernando José Carabaña Aguado dictó resolución en fecha 12 de marzo de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver 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

Doña …, como letrada debidamente apoderada, por escrito de fecha 5 de abril 2018, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes, resumidamente, argumentos: «1.º Que reitera los argumentos expuestos en el escrito de oposición. 2.º Que el registrador mercantil se ha extralimitado en sus funciones pues la discrepancia entre la sociedad y el socio sobre el ejercicio del derecho de separación debe ser resuelta en el orden jurisdiccional (con cita de un acuerdo del Registro Mercantil de Madrid de fecha 12 de junio de 2012, que no aporta). Que la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia n.º 2 de 18 de mayo de 2017 así lo entiende (con copia del contenido de la misma). Que así ocurre en el resto de sentencias en cuyo fallo se declara la existencia o no del derecho de separación, como acreditación de que la competencia corresponde al orden jurisdiccional (sin cita concreta de ninguna).»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22 y 28 de febrero de 2018.

1. Ejercitado por una sociedad, socio a su vez de una sociedad de responsabilidad limitada el derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad se opone por un conjunto amplio de motivos como es de ver en el apartado correspondiente de los hechos. En vía de recurso, la sociedad, tras reiterar los anteriores motivos, apela a la doctrina de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia n.º 2 que se cita en su escrito y consta en los hechos, doctrina que entiende que ante la oposición de la sociedad es preceptiva la intervención judicial para la determinación de si existe o no derecho de separación con carácter previo a la posible actuación del registrador 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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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 indiscu-

tible, 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 primera cuestión que es preciso abordar en el expediente y que haría ocioso entrar en el estudio de las restantes es el relativo a la competencia del registrador para conocer de la pertinencia o no del derecho de separación.

Al respecto, tiene declarado este Centro Directivo *(vide* las recientes resoluciones de 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017), 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 Regla-

mento 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 (artículo 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 (artículo 346 y 347 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (artículos 169 y 171), ya para reducir el capital social (artículos 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 (artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 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… Bus-

cando 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 imbricación en el orden 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, 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 procedi-

miento 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 (artículo 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).

6. La limitación del presente procedimiento en cuanto a su objeto y a sus medios de conocimiento no altera en absoluto las conclusiones anteriores; más bien al contrario, pues la parte que entienda que su posición jurídica no ha sido debidamente contemplada dispone de los medios legales para acudir a los Tribunales de Justicia para, en el procedimiento plenario correspondiente, poner de manifiesto lo que a su posición convenga aportando todos los medios probatorios que estime convenientes. Téngase en cuenta que, de admitirse la tesis del recurrente, la potestad administrativa de resolver sobre las cuestiones que son de su competencia quedaría laminada por la mera apelación a la oposición de parte sobre la concurrencia de los requisitos en que aquella se fundamenta.

Las anteriores consideraciones no empecen el hecho de que el registrador deba suspender el ejercicio de su competencia si se le acredita debidamente que la cuestión que constituye el objeto del expediente está siendo objeto de conocimiento por los Tribunales de Justicia. Así lo ha reiterado la doctrina elaborada por esta Dirección en sede de recursos contra la designación de auditor a instancia de la minoría (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), cuando afirma que procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial su legitimación en cuanto constituye la base sobre la que se ejercita el derecho (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 ella). 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.

Así lo entiende expresamente la reciente Ley 15/2015, de 2 julio, de Jurisdicción Voluntaria cuando afirma en su artículo 6.3: «Se acordará la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle, debiendo trami-

tarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Como resulta del propio artículo 6.3 citado es preciso tanto la acreditación de la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso como que la resolución judicial que recaiga pueda afectar al objeto del expediente de jurisdicción voluntaria. Cualquier otra contienda entre las partes no altera la marcha del expediente sin perjuicio de las consecuencias que, en su caso, se deriven de las resoluciones judiciales.

De este modo no procede la suspensión del procedimiento por la mera afirmación de que existe oposición de la sociedad ni tampoco si la parte se limita a afirmar que va a entablar acción o si afirma, pero no acredita, la existencia de un procedimiento judicial cuya resolución pueda afectar al contenido del expediente 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 materia de recursos contra la designación de auditor a instancia de la minoría).

Así ocurre en el expediente que da lugar a la presente. La sociedad afirma que se opone tajantemente a la existencia del derecho de separación por parte de la socia. La sociedad ejercita así el derecho de oposición que le reconoce el ordenamiento jurídico en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, pero su oposición, que es el trámite legalmente previsto para que fije su postura, ni impide la tramitación del expediente ni implica su suspensión al no resultar acreditado ni la existencia de un procedimiento jurisdiccional ni que la resolución que pueda recaer afecte a la presente.

Por último, esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 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 n.º 1 de Sevilla de la que, para un supuesto sustancialmente idéntico, resulta la conclusión contraria.

Procede en consecuencia la desestimación del motivo de recurso.

7. El mismo destino corresponde al resto de motivos que fueron puestos de manifiesto por la sociedad y que han sido expuestos en los hechos de la presente. En primer lugar, porque el ejercicio del derecho de separación no precisa acreditar, como trámite previo, la existencia de conversaciones entre las partes o la falta de acuerdo sobre algunos de los términos a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Como resulta de las consideraciones anteriores, el ejercicio del derecho de separación depende exclusivamente de la voluntad del socio una vez que concurran los requisitos legalmente establecidos. Ejercitado el derecho y con el fin de determinar el crédito de separación (artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital), la Ley proporciona al socio la posibilidad de que acuda al

registrador mercantil a fin de que designe experto independiente si no llega a un acuerdo con la sociedad.

Si las partes llegan a un acuerdo se satisfará el crédito de separación autorizándose la oportuna escritura de transmisión de participaciones sociales o de reducción de capital, previo pago de la cantidad acordada conforme a la previsión de los artículos 349, 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital.

Si no existe acuerdo y existe informe de experto independiente se procederá en la forma prevista en los artículos citados y en el artículo 356.2 para el caso de que sea precisa la consignación de la cantidad fijada por el experto.

El ordenamiento pues, contempla tanto la existencia de posible acuerdo entre las partes como su inexistencia, pero sin hacer depender el ejercicio de la facultad de solicitar designación de experto de requisito alguno. La mera presentación de la solicitud ante el registrador mercantil es prueba inequívoca de la voluntad del socio de que sea un experto independiente el que lleve a cabo la determinación del valor razonable. El ejercicio del derecho individual de separación suele ser la culminación de un periodo de conflicto entre el socio y la sociedad e incluso, cuando no es así, supone un evidente elemento de tensión entre las partes interesadas. Pretender que en esta situación la Ley imponga un periodo de conversaciones previas ni es conforme con su espíritu ni con su intención. Someter al socio que ejerce su derecho a un trámite no regulado en modo alguno, no lleva sino a la postergación del ejercicio de su derecho y a la sumisión a la voluntad de la sociedad que puede retrasar la satisfacción del socio sin causa que lo justifique. Quedaría así en manos de la sociedad el ejercicio de un derecho que el ordenamiento reconoce al socio sin que resulte para este, beneficio alguno.

En definitiva, el procedimiento de designación de experto independiente a que se refiere el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil debe tramitarse sin necesidad de exigir al solicitante que acredite la existencia de conversaciones o propuestas previas a la sociedad pues la mera presentación de la solicitud es prueba suficiente de la voluntad del socio que se separa de que sea un experto independiente el que lleve a cabo la determinación del valor razonable de su participación en la sociedad, de acuerdo al procedimiento que estime más conforme con la situación.

Con independencia de lo anterior, en el expediente que da lugar a la presente consta tanto la existencia de propuesta de valoración por parte de la socia que se separa como la negativa a aceptarla por parte de la sociedad, por lo que no procede sino reiterar la desestimación del motivo.

8. La sociedad pretende enervar la solicitud de la socia que se separa afirmando, por un lado, que en el ejercicio 2010 se hizo un reparto encubierto de beneficios enmascarado como un préstamo a cinco años y, por otro, que las pérdidas de la sociedad durante el ejercicio 2017 provocan que la situación patrimonial sea muy diferente a la que muestran las cuentas aprobadas.

La postura de la sociedad es inadmisible. Consta en acta notarial que la administración de la sociedad ha formulado unas cuentas que ha sometido a

verificación como consecuencia de la designación de auditor a instancia de un socio de la sociedad; consta que ha convocado a la junta para la aprobación de esas cuentas que van acompañadas de informe de verificación y del que resulta que, en opinión del auditor, responden fielmente a la situación patrimonial de la sociedad; consta en fin, que en base a dichas cuentas, la administración de la sociedad lleva a cabo una propuesta de aplicación de resultado que se fundamenta en el resultado positivo que de las mismas resulta. Ahora, en trámite de oposición, la sociedad afirma que las cuentas aprobadas y verificadas no reflejan la realidad patrimonial de la sociedad.

Con independencia de la responsabilidad que de tales afirmaciones pueda resultar, si la administración social estima que las cuentas presentadas aprobadas y auditadas no reflejan la realidad patrimonial de la sociedad su obligación es reformularlas y someterlas nuevamente a la verificación del auditor de cuentas y a la aprobación de la junta general. Así resulta del artículo 270.2 de la Ley de Sociedades de Capital: «Si, una vez firmado y entregado el informe de auditoría sobre las cuentas iniciales, los administradores se vieran obligados a reformular las cuentas anuales, el auditor habrá de emitir un nuevo informe sobre las cuentas anuales reformuladas.»

Pero ni siquiera en este supuesto se enerva el derecho del socio. Los acuerdos posteriores sobre las cuentas en que fundamenta su derecho el socio no perjudican su posición jurídica. Como ya afirmara nuestro Tribunal Supremo para un supuesto de acuerdo posterior de reparto de dividendos, *(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 (artículo 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.

9. Igualmente inadmisible resulta la pretensión de que se tenga en cuenta la situación patrimonial del ejercicio 2017 para apreciar la existencia de los requisitos previstos en el art 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Como resulta indubitadamente del precepto citado, el ejercicio del derecho de separación depende de una serie de factores siendo el más relevante la falta de distribución del beneficio en la proporción que del mismo resulta.

La adopción de la decisión sobre la distribución del beneficio es una decisión de la junta general de la sociedad que se adopta en sesión ordinaria y junto a la presentación de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio cerrado (artículos 272.1 y 273 de la Ley de Sociedades de Capital). Es por tanto irrelevante para la determinación de si procede o no el ejercicio del derecho de separación la referencia a un ejercicio social distinto de aquel respecto del que se está sometiendo a votación de la junta general la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado. Pretender, como hace el escrito de oposición, que se tenga en cuenta un resultado de un ejercicio que no está finalizado y cuyas cuentas no han sido formuladas ni aprobadas carece del mínimo fundamento legal.

10. También deben desestimarse los motivos que hacen referencia a un supuesto ejercicio del derecho de separación en fraude de derecho o con mala fe. Ninguna de dichas circunstancias puede ser objeto de apreciación en el ámbito de este expediente.

Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente al limitarse el objeto de este expediente a determinar si concurren o no los requisitos para el ejercicio del derecho de separación.

Ahondando en la anterior afirmación, 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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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

esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 23 de octubre de 2017 y 26 de enero, 7, 12 y22 de febrero y 13 de marzo de 2018).

11. Tampoco pueden estimarse los motivos que hacen referencia a cuestiones formales.

En primer lugar, porque el socio que se separa no tiene, en sede de sociedades limitadas, posibilidad de complementar el orden del día. 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 (artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital). De aceptarse la tesis del escrito de oposición 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 *(vide* al respecto, Sentencia número 81/2015 de 26 marzo, sección 15.ª, de la Audiencia Provincial de Barcelona).

En segundo lugar, porque no existe precepto alguno que exija al socio que se separa la reserva de su derecho. Como afirma la sentencia 32/2006 de 23 enero de nuestro Tribunal Supremo a que se ha hecho referencia anteriormente, el derecho de separación: «Nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (artículo 54.3 LSRL), que no es necesaria cuando sea notarial (art. 55.1 y 2 de la misma Ley) y no requiere que la sociedad lo acepte.» Es la adopción del acuerdo previsto en la norma y la oposición del socio el conjunto de hechos de los que nace el derecho de separación sin que pueda este supeditarse a otros no contemplados en el ordenamiento. No cabe en consecuencia exigir un ejercicio o una reserva de ejercicio no prevista legalmente y que dejaría ineficaz la previsión legal de conceder un mes al socio disidente para ejercitarlo.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Navarra n.º 2, don Fernando José Carabaña Aguado de fecha 12 de marzo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Navarra.

Resolución de 4 de mayo de 2018 (3.ª)

En el expediente 46/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Klinet, S.A.»

HECHOS

I

Doña …. presentó un escrito de fecha 23 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, 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 «Klinet, S.A.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad no presentó escrito de oposición.

III

El registrador mercantil de Barcelona n.º 4, don José Luis San Román Ferreiro dictó resolución en fecha 7 de marzo de 2018 por la que acordó estimar la solicitud sobre la pertinencia de nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don …., como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 9 de abril de 2018, 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 los siguientes argumentos: «1.ºQue la solicitante no ostenta, como afirma el 32% del capital social. Que en relación a las acciones numeradas del 100 al 339, alega ser titular en base a una póliza autorizada por corredor de comercio en fecha 19 de diciembre de 1986 aportando una fotocopia de la referida póliza. Que como resulta del libro de acciones nominativas de la sociedad dichas participaciones no constan inscritas a nombre de la citada señora sino del propio recurrente sin que la solicitante nunca haya actuado como titular de las mismas. Que así resulta de la sentencia del juzgado de lo social n.º 17 de Barcelona y de la sentencia que ratifica la anterior del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de octubre de 2017, que se acompañan. Que la información que resulta del libro registro de acciones se impone sobre a las copias de documentos que ni siquiera se han comunicado a la sociedad (con cita de sentencias). Que solicita de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, sin modificar la parte dispositiva de la resolución impugnada, enmiende

su fundamentación jurídica en el sentido de hacer constar que la accionista solicitante es titular del veinte por ciento del capital social.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 del registrador mercantil por una socia que alega ser titular del 32% del capital social la designación de un auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador estima la pretensión al concurrir los requisitos legalmente establecidos sin que concurriese oposición de la sociedad. En trámite de recurso, la sociedad solicita de esta Dirección General de los Registros y del Notariado que, sin alterar la parte dispositiva de la resolución impugnada, se modifique su fundamentación afirmando que la solicitante no es titular de la participación alegada sino de un 20% del capital social, tal y como resulta del libro registro de socios y de sendas resoluciones judiciales que acompaña.

2. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (artículo 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 sociedad recurrente no cuestiona que la solicitante es socia 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.

Lo único relevante a los efectos del procedimiento es que, en este ámbito administrativo, ha quedado acreditado que la socia es titular de, al menos, el 5% del capital social. Cualquier otra consideración sobre la valoración jurídica que puedan tener los títulos sobre los que se fundamenta su cualidad de socia deben llevarse a cabo en el ámbito jurisdiccional competente.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona n.º 4, don José Luis San Román Ferreiro de fecha 7 de marzo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 10 de mayo de 2018

En el expediente 16/2018 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Paratus AMC España, S.A.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 13 de febrero de 2018, con entrada en este Ministerio el mismo día 13 de febrero, el registrador mercantil de Barcelona III, don Guillermo Herrero Moro, 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 2015 de la sociedad «Paratus AMC España, 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 13 de diciembre de 2017, formulada por don …. y don …., en su condición de administradores mancomunados, así como la resolución de fecha 3 de abril de 2018 del registrador mercantil de Barcelona III, don Guillermo Herrero Moro, resolviendo sobre la procedencia de tal nombramiento y elevando el expediente a esta Dirección General, previo requerimiento de fecha 21 de marzo de 2018 de la Consejera Técnica de este Centro Directivo, doña …..

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 13 de diciembre de 2017 formulada por don …. y don …., como administradores mancomunados, y según manifiestan los interesados, resulta, en esencia, 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 2015 a auditar y no ha sido nombrado auditor de cuentas por la Junta.
3.º Que está inscrito como auditor de cuentas para los ejercicios 2106 a 2018 la sociedad «Ernst & Young, S.L.», provista de C.I.F. B78970506.
4.º Que la sociedad indicada en el punto anterior ha confeccionado el informe de auditoría de las cuentas anuales consolidadas correspondientes al ejercicio 2015, que no han podido ser depositadas como consecuencia de la calificación negativa por estar pendiente su nombramiento.
5.º Que por error de interpretación de la norma se nombró por la Junta General y se aceptó el nombramiento para el período comprendido entre los ejercicios 2016 a 2018 entendiendo que la referencia era la fecha en que se audita no el ejercicio a auditar.
6.º En virtud de lo anterior, solicitan los interesados que se proceda al nombramiento de la sociedad «Ernst & Young, S.L.», con inscripción en el ROAC número S0530, como auditor para verificar las cuentas anuales y del informe de gestión de la sociedad «Paratus AMC España, S.A.», correspondientes al ejercicio 2015.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona III, don Guillermo Herrero Moro, resolvió con fecha 3 de abril de 2018 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 2015 de la sociedad en cuestión concurriendo las siguientes circunstancias excepcionales previstas en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil:

1.º Que la sociedad «Paratus AMC España, SA» (Sociedad Unipersonal) consolidó cuentas en relación al citado ejercicio.
2.º Que la sociedad «Paratus AMC España, S.A.» (Sociedad Unipersonal) presentó para su depósito en este Registro Mercantil las cuentas consolidadas del ejercicio de 2015, auditadas por la firma «Ernst & Young, S.L.», siendo las mismas calificadas con defectos.
3.º Que la sociedad «Paratus AMC España, S.A.» (Sociedad Unipersonal) nombró auditor para la verificación de las cuentas anuales del grupo consolidado para los ejercicios 2016, 2017 y 2018 a la sociedad «Ernst & Young, 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 artícu-

los 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 llevadas 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 III, don Guillermo Herrero Moro, resolvió con fecha 3 de abril de 2018 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 III, don Guillermo Herrero Moro, de fecha 3 de abril de 2018, 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 2015 sea hecha por la misma auditora que se ha nombrado para la revisión de las cuentas anuales del grupo consolidado para los ejercicios 2016, 2017 y 2018, 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 «Paratus AMC España, S.A.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registro mercantil de Barcelona III al nombramiento de la mercantil «Ernst & Young, S.L.», con inscripción en el ROAC número S0530, para que lleve a cabo las labores de auditoría correspondientes al ejer-

cicio 2015, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Barcelona III 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, 10 de mayo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 16 de mayo de 2018 (1.ª)

En el expediente 21/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de la sociedad «Serrano 134, S.L.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 23 de febrero de 2018, con entrada en este Ministerio el día 28 del mismo mes, el registrador mercantil de Madrid IX, don Alberto Yusta Benach, 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 «Serrano 134, S.L.», a los efectos previstos en el citado artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

II

Forman parte de dicho expediente la solicitud inicial de nombramiento de auditor de cuentas al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, dirigida al registro mercantil de Madrid, de fecha 6 de febrero de 2018, formulada por doña …., en su condición de administradora única y socia

del 50,266% del capital social de la sociedad con derecho a voto, así como informe de fecha 6 de abril de 2018 del registrador mercantil de Madrid IX, don Alberto Yusta Benach, del que resulta que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor y elevando el expediente a esta Dirección General, previo requerimiento de fecha 21 de marzo de 2018 de la Consejera Técnica de este Centro Directivo, doña …..

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 6 de febrero de 2018, dirigida al registro mercantil de Madrid y formulada por doña…. al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, en su condición de administradora única y socia del 50,266% del capital social, y según manifiesta la interesada, resulta, en esencia, que:

1.º Que, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la socia doña …., solicitó del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor que efectuase la revisión de las cuentas anuales individuales de la Sociedad correspondientes al ejercicio 2016, resultando ser designado el auditor Luis Alcalá-Zamora Barrón por el Registrador Mercantil con fecha 8 de mayo de 2017, quien finalmente ha llevado a cabo la auditoría de las citadas cuentas cuyo informe se emitió con fecha 15 de diciembre de 2017.

2.º Que, de la anterior y primera auditoría, don ….. afirma que la Sociedad es la sociedad dominante del grupo de sociedades al que pertenece, a efectos de consolidación contable, por lo que debe formular cuentas consolidadas. Por tanto, habiendo decidido el órgano de administración de la Sociedad formular cuentas anuales consolidadas del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2016, la auditoría tiene ahora el carácter de obligatorio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.4 del Código de Comercio y artículo 372 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Que, habiendo finalizado el ejercicio a auditar y no habiendo sido nombrado el auditor de cuentas por la Junta, la administradora única de la Sociedad solicita del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas que verifique las cuentas anuales consolidadas de la Sociedad cerradas a 31 de diciembre de 2016.

4.º Que, con ocasión de la auditoría de las cuentas individuales de la Sociedad, don …. ha tenido ocasión de examinar la documentación contable de las sociedades del grupo, por lo que ya se encuentra familiarizado con dicha información que deberá ser utilizada a los efectos de la auditoría de las cuentas consolidadas. Por ello, teniendo en cuenta el importante ahorro en tiempo, dinero y trámites que supondría para la sociedad y, para el auditor, que las cuentas consolidadas fuesen verificadas por el mismo auditor que el de las individuales, se solicita del registrador mercantil esta especial circunstancia a efectos de solicitar de la Dirección General de los Registros y del Notariado la designación del mismo auditor para proceder al nombramiento de don ….. como auditor de las cuentas consolidadas del ejercicio 2016.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Madrid IX, don Alberto Yusta Benach, emite informe de fecha 6 de abril de 2018 del que resulta que «puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor», elevando el expediente a esta Dirección General dadas las facultades discrecionales que el Reglamento del

Registro Mercantil (art. 356) confiere a este Centro Directivo para valorar si las circunstancias que se alegan, en cada caso, revisten o no el carácter de especiales. En concreto, informa el citado registrador que:

– Con posterioridad al cierre del ejercicio 2016, la sociedad afectada declara encontrarse obligada a la elaboración y presentación de cuentas anuales consolidadas de conformidad con lo establecido en los artículos 42 y 43 del Código de Comercio y 372 RRM.

– Conforme a lo previsto en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital «Cuando la junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, [...] los administradores y cualquier socio podrán solicitar al registrador mercantil del domicilio social la designación de la persona o personas que deban realizar la auditoría».

– Finalmente, que, concurriendo, de un lado la obligación, declarada, de auditar las cuentas anuales consolidadas de un ejercicio ya finalizado sin nombramiento previo por la junta general, y, por otro, la propuesta de designación de un profesional concreto formulada por la citada sociedad, puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor.

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 350, 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. 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, por otra parte, no citado en ningún momento por la interesada en su solicitud– 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 regu-

lación. 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 llevadas 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 procedería 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 Madrid IX, don Alberto Yusta Benach, emite informe, de fecha 6 de abril de 2018, del que resulta que «puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor», en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y del informe de fecha 6 de abril de 2018 del registrador mercantil de Madrid IX, don Alberto Yusta Benach, 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 consolidadas de la sociedad peticionaria para el ejercicio 2016 sea hecha por la misma persona que se nombró en su día para la revisión de las cuentas anuales individuales de la propia sociedad para el referido ejercicio 2016, lo que determina por parte del auditor 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 «Serrano 134, S.L.», a fin de que verifique las cuentas anuales consolidadas 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 Madrid IX al nombramiento de don ….. siempre que se acredite su inscripción en el ROAC, al no resultar ésta del expediente obrante en esta Dirección General, 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 Madrid IX 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, 16 de mayo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 16 de mayo de 2018 (2.ª)

En el expediente 50/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de socios de «Set Socis Instal.lacions S.L.»

HECHOS

I

Don …. y doña …. presentaron un escrito de fecha 27 de noviembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 1 de diciembre inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de «Set Socis Instal.lacions, 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 la junta general de la sociedad se reunió en fecha 7 de septiembre de 2017 según resulta del acta notarial autorizada el día inmediato anterior por el notario de Barcelona don Gonzalo Veciana García-Boente con la concurrencia de la totalidad de socios que integran el capital social. Del acta resulta que, tras la aprobación por la junta general de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2016, se sometió a votación el punto tercero del orden del día relativo a la: aprobación, si procede, de la propuesta de aplicación del resultado del citado ejercicio. La propuesta es como sigue: «Que el beneficio del ejercicio se destine a reservas voluntarias por importe de 958,28 euros.» Del acta resulta que la propuesta se aprobó con el voto favorable del 51,1905% y con el voto en contra del 48,8095% restante. A requerimiento de la representación de los hoy solicitantes, el notario protocoliza un documento del que resulta que los hoy solicitante: «votan a favor de la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios sociales, en concreto, de un tercio de los beneficios propios de la explotación social obtenidos durante el ejercicio 2016, que sean legalmente repartibles.»

b) Del acta resultan las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 así como el oportuno informe de verificación. De la cuenta de pérdidas y ganancias resulta un resultado positivo de 958,28 euros.

c) Mediante burofax de fecha 4 de octubre de 2017, los hoy solicitantes notifican a la sociedad el ejercicio del derecho de separación.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que los socios instantes se limitaron a votar en contra de la propuesta de aplicación del resultado formulada por el administrador; que en ningún momento anterior o coetáneo a la realización de la votación mostraron su propósito o voluntad de querer que se repartiera el dividendo mínimo; que no ejercieron su derecho a solicitar el complemento legal del orden del día para mostrar su inequívoca voluntad de ejercitar el derecho a votar favorablemente a la distribución del beneficio mínimo; que por todo ello carecen de legitimación para ejercitar el derecho de separación. 2.º Que el plazo para ejercitar la acción es un mes y los solicitantes han dejado que transcurra pues tras

comunicar su voluntad de ejercer el derecho el día 5 de octubre de 2017 no presentan su escrito en el Registro Mercantil hasta el día 1 de diciembre posterior. 3.º Que no existe beneficio a repartir. Que ante la incobrabilidad de determinado crédito y consultado el auditor de cuentas, el administrador procedió a reformular las cuentas, cuentas que fueron aprobadas por la junta general en fecha 14 de diciembre de 2017 y ya presentadas en el Registro Mercantil presentado unas pérdidas de 9481,83 euros. 4.º Que si en la junta que aprobó las cuentas, ya subsanadas, los socios hubieran demostrado su voluntad de reparto de beneficio, el importe de un tercio asciende a 319,41 euros. Que los instantes no mostraron hasta después de la votación de la propuesta toda referencia a su posición de cobrar por dividendo una cantidad inferior a los cien euros cada uno lo que es clara prueba de fraude de ley y abuso de derecho.

III

Los solicitantes presentan escrito de alegaciones de fecha 5 de febrero de 2018 del que resulta, abreviadamente, lo siguiente: «Que el administrador de la sociedad convoco nueva junta que se celebró el día 5 de diciembre de 2017, con presencia notarial, para someter a aprobación las cuentas anuales del ejercicio 2016 con la excusa de subsanar un supuesto error contable. Que la reformulación de las cuentas se produjo con posterioridad a la notificación a la sociedad del ejercicio del derecho de separación y ahora las cuentas dan un resultado de pérdidas. Que ello supone una flagrante violación de la normativa. Que la reformulación es un hecho excepcional como resulta del Plan General Contable y que además debe subsanarse en el ejercicio en que se detectan, es decir en las cuentas del ejercicio 2017. Que la sociedad reconoce en el acta notarial que no existió dictamen pericial alguno sino una mera consulta verbal. Que se solicita del registrador la continuación del expediente y la designación de experto por ejercicio del derecho de separación conforme a derecho.

IV

El registrador mercantil de Barcelona n.º 16, don Francisco Javier González del Valle García dictó resolución en fecha 1 de marzo de 2018 por la que acordó admitir la oposición y resolver la improcedencia 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. El registrador, tras desestimar el conjunto de razones que se concretan en el escrito de recurso, fundamenta su decisión en el hecho de que se han presentado y depositado las cuentas anuales debidamente auditadas y aprobadas en la junta general de la sociedad de fecha 14 de diciembre de 2017 de las que resulta un resultado de pérdidas, sin que dentro del estrecho margen en que se desenvuelve el procedimiento de designación de experto independiente puedan valorarse el conjunto de cuestiones que se plantean por los solicitantes.

V

Don …. y doña ….. por escrito de fecha 16 de abril de 2018, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Barcelona, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que la solicitud presentada para la designación de expertos en función de los

acuerdos adoptados el día 7 de septiembre de 2017 reunía todos los requisitos previstos en el artículo 348bis de la Ley de Sociedades de Capital como reconoce la resolución impugnada. 2.º Que entienden que los hechos posteriores no deben afectar al expediente ya iniciado. 3.º Que los recurrentes comparten que el expediente tiene el limitado objeto de designar experto si concurren los requisitos previstos en el art 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. 4.º Que si la resolución se fundamenta en que es un dato objetivo que las cuentas reformuladas no contenían un resultado de beneficio también es un dato objetivo que las cuentas aprobadas el día 7 de septiembre de 2017 daban un resultado de beneficio. Que resulta del expediente que el ejercicio del derecho de separación se llevó a cabo legítimamente como consecuencia de los acuerdos adoptados en dicha junta, derecho que no puede verse perjudicado por las maniobras del administrador consecuencia de las cuales dicho derecho queda completamente cercenado. Que la aceptación de las cuentas reformuladas después de que se haya notificado válidamente el ejercicio del derecho de separación supone burlar los efectos de los acuerdos válidamente adoptados el día 7 de septiembre de 2017. Que la propia torpeza en la realización de las cuentas no puede alegarse para beneficiarse al autor de la torpeza. Que de lo contrario resultará que la técnica de reformular las cuentas tendrá el efecto de dejar sin efecto un derecho de separación válidamente ejercitado. Que debe respetarse el derecho ya nacido sin que la reformulación de las cuentas pueda afectar al derecho válidamente ejercitado. 5.º Que de la resolución de registrador resulta que las cuentas reformuladas fueron presentadas a depósito y devueltas para su subsanación sin que nada de ello se le haya notificado dejándole en una situación de indefensión. 6.º Que si la finalidad del artículo 348 bis es remediar situaciones de abuso no se entiende cómo no se reconoce el derecho en una sociedad que nunca ha repartido beneficios. 7.º Que es doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el registrador debe apreciar la concurrencia de los requisitos que justifican el derecho de separación mediante resolución fundamentada.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo y 9 de abril de 2018

1. Reunida la junta de socios con la presencia de la totalidad del capital social se aprueba la propuesta de distribución del beneficio que lleva a cabo el órgano de administración consistente en destinar en su integridad el beneficio obtenido a reservas voluntarias. Con carácter previo la misma junta, que se

celebra en fecha 7 de septiembre de 2017 aprobó las cuentas anuales del ejercicio 2016, cuentas que se hallaban debidamente verificadas por auditor de cuentas. Como consecuencia de los acuerdos adoptados dos socios, que votaron en contra de la propuesta de distribución del beneficio, ejercen su derecho de separación e inician el expediente de designación de experto independiente a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Durante la sustanciación del procedimiento el órgano de administración reformula las cuentas, que son nuevamente objeto de verificación contable, produciéndose un resultado de pérdidas. Las cuentas son objeto de aprobación por la junta que se convoca al efecto de fecha 14 de diciembre de 2017 con el voto en contra de los hoy solicitantes.

El registrador mercantil, a la luz de los hechos anteriores, acuerda no haber lugar a la designación de experto independiente. Los interesados recurren.

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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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 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 para dar una respuesta en derecho a los recurrentes, es preciso poner de manifiesto cual es el objeto del expediente de designación de experto independiente a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Con carácter expreso establece el artículo 363.1: «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.», refiriéndose los preceptos a que se remite a la solicitud de designación de auditor por parte del registrador mercantil.

Como esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones *(vide* resoluciones en materia de auditores de fechas 15 de julio y 19 de octubre de 2015, entre otras muchas), el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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).

6. La cuestión se centra en determinar si concurren o no los requisitos para que el registrador lleve a cabo o no la designación de un experto independiente. 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 sepa-

ración 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.»

La especialidad del supuesto de hecho consiste en que, tras una primera aprobación de las cuentas anuales y de la propuesta de resultado, se produce una reformulación de las cuentas anuales y una nueva aprobación por parte de la junta. En ambos casos las cuentas han sido objeto de verificación contable *(vide* artículo 270.2 de la Ley de Sociedades de Capital). En las cuentas reformuladas el resultado del ejercicio es negativo.

No existiendo beneficio repartible, el elemento de hecho que condiciona el ejercicio del derecho de separación, no se encuentra presente por lo que el recurso no puede ser estimado.

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.

En el supuesto de hecho, la sociedad ha aportado prueba suficiente de la inexistencia de beneficio repartible trayendo al expediente las cuentas reformuladas y verificadas por un auditor.

Las cuestiones relativas al valor de dichas cuentas, a la oportunidad o no de su reformulación, la existencia de fraude o cualquier cuestión similar no pueden ventilarse en este procedimiento que, como ha quedado expuesto, tiene un limitado alcance.

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.

7. Esta Dirección no desconoce la doctrina de nuestro Tribunal Supremo sobre los actos sociales de rectificación o modificación de otros anteriores. Es doctrina de nuestro Tribunal Supremo *(vid.* Sentencia de 26 de enero de 2006), que 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 (artículo 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.

Esta doctrina sin embargo tiene un alcance determinado, el de evitar que actos voluntarios de la sociedad perjudiquen las situaciones jurídicas que de ellos se deriven, pero no alcanza a las situaciones de hecho de la que depende el propio nacimiento de un derecho. Esta es la cuestión clave en el supuesto que da lugar a la presente: de la documentación aportada por la sociedad se ha puesto de manifiesto que el ejercicio del derecho se ha llevado a cabo en vacío al no concurrir el elemento fáctico esencial del que depende su existencia. Sin beneficio repartible no existe derecho de separación por lo que puesta de relieve dicha circunstancia no puede apreciarse, en el estrecho cauce en el que se desarrolla este procedimiento, la solicitud de designación de experto independiente.

8. Por lo demás esta Dirección no puede compartir la afirmación del escrito de recurso que alega indefensión de su posición jurídica. Los recurrentes han podido alegar en fase de solicitud y en fase de recurso los motivos que han tenido por conveniente, e incluso han presentado un escrito de alegaciones poniendo de relieve unos hechos que consideraban relevantes. El hecho de

que la resolución del registrador primero y de esta Dirección después no coincida con su pretensión no produce indefensión alguna habida cuenta, además, del régimen de recursos que el ordenamiento jurídico pone a su disposición y del que esta misma resolución constituye prueba de su ejercicio.

Tampoco pueden alegar indefensión porque en otro procedimiento en el que no son parte (el procedimiento de depósito de cuentas), no han sido objeto de notificación al existir defectos en la documentación presentada. Como inequívocamente resulta del artículo 322 de la Ley Hipotecaria: «La calificación negativa del documento o de concretas cláusulas del mismo deberá notificarse al presentante y al Notario autorizante del título presentado y, en su caso, a la autoridad judicial o al funcionario que lo haya expedido.», precepto de plena aplicación en el ámbito del Registro Mercantil habida cuenta de lo dispuesto en la disposición adicional vigesimocuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que establece: «La regulación prevista en el sección 5.ª del capítulo IX bis del Título V para los recursos contra la calificación del registrador de la Propiedad es también aplicable a los recursos contra la calificación del Registrador Mercantil y del de Bienes Muebles», así como de lo dispuesto en el artículo 80 del Reglamento del Registro Mercantil y de su remisión a las normas previstas en el Reglamento Hipotecario.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona n.º 16, don Francisco Javier González del Valle García de fecha 1 de marzo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 22 de mayo de 2018 (1.ª)

En el expediente 28/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bardetrans 2000, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presenta escrito de fecha 31 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Navarra, en el que tuvo su entrada el día 6 de febrero, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5% del capital social de la mercantil «Bardetrans 2000, S.L.» (titular del 25% del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 7 de febrero de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 18 del mismo mes, formulando oposición mediante escrito de 21 de febrero presentado el día 23, alegando que «el órgano de administración de la mercantil Bardetrans 2000, S.L. con fecha 27 de diciembre, acordó la renovación del cargo de auditor de la mercantil Bardetrans 2000, S.L., para las cuentas del ejercicio 2017»; continúa alegando que «dicho cargo fue aceptado por el auditor ….. Asimismo, dicha aceptación ha sido legitimada la firma con fecha de hoy». Acompañan renovación del cargo de auditor, así como escrito de aceptación del auditor también con firma legitimada con igual fecha.

III

El registrador mercantil de Navarra, don Fernando José Carabaña Aguado, dictó resolución de fecha 23 de febrero de 2018 por la que acordó «que procede el nombramiento de auditor para las cuentas anuales del ejercicio 2017 de la compañía mercantil Bardetrans 2000, S.L., solicitado por doña……» al resultar que «el escrito de oposición está interpuesto fuera del plazo reglamentariamente establecido».

IV

Don …., administrador único de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 23 de febrero, alegando que «en la solicitud de nombramiento de auditor por ….. Álava hay una falta de motivación total» por lo que «en este caso no se ha expresado la causa de la solicitud, por lo que al no haberse realizado la solicitud según los requisitos que exige el Reglamento del Registro Mercantil, la misma no debe ser admitida, y por tanto se debe denegar y archivar la solicitud de nombramiento de auditor solicitada de contrario».

V

Con fecha 3 de abril de 2018 se notifica a la mercantil resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado por la que se le concede un plazo de 15 días para justi-

ficar la inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor para el ejercicio 2017 o aportar informe de auditoría de cuentas del ejercicio 2017.

La sociedad atiende a tal requerimiento mediante escrito de fecha 20 de abril por el que solicita «un plazo mayor para poder aportar la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil» siendo presentado tal nombramiento a inscripción el día 9 de abril causando el asiento de presentación 1799/2018. Mediante escrito de fecha 2 de mayo, presentado el día 4, aportó la inscripción del nombramiento de auditor para el ejercicio 2017 acompañando certificación del Registrador Mercantil de Navarra acreditando tal inscripción.

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 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 presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 6 de febrero de 2018 y,

por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar certificación del acuerdo de 27 diciembre de 2017, así como escrito firmado el día 21 de febrero de 2018 por don … en el que certifica la aceptación por parte de auditor designado para el ejercicio 2017. Tal presentación fue objeto de la inscripción novena de la hoja social de la mercantil Bardetrans 2000 S.L.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

3. El recurso no puede prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación del acuerdo, como la aceptación del encargo para el ejercicio 2017. En este sentido conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario que, de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia de la presentación de la documentación en cuestión, y como resulta de los antecedentes de hecho, dicha presentación concluyó con la inscripción novena de la hoja social practicada el 24 de abril de 2018, por la que se procede a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2017. Por tanto, 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también 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 expediente, pero si tenemos en cuenta: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento del auditor nombrado por la sociedad que, por otra parte, había sido designado con anterioridad a la petición del socio minoritario; 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 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. No obstante, 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 Navarra, don Fernando José Carabaña Aguado, de fecha 23 de febrero de 2018, por la que resuelve desestimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Navarra.

Resolución de 22 de mayo de 2018 (2.ª)

En el expediente 40/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Transportes Ecoextremeños, S.L.».

HECHOS

I

Don …. presenta escrito de fecha 14 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular del 20 % de la mercantil «Transeuropa Franvi S.L.» y 16,66 % del capital social de «Transportes Frigoríficos Euroextremeños, S.L.», sociedades que son titulares al 50% del capital social de la mercantil «Taramitarete, S.L.» que, a su vez, es socio único de la sociedad «Transportes Ecoextremeños, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 19 de marzo de 2018 en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 26 de marzo, presentado el día siguiente, alegando que «don ….. no puede solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2017 de la compañía mercantil Transportes Ecoextremeños, S.L., por no ostentar la condición de socio de dicha empresa, conforme a lo preceptuado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital».

III

El registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín, dictó resolución en fecha 2 de abril de 2018 por la que acordó que «se estima la oposición habiendo alegado la sociedad falta de legitimación del solicitante conforme al artículo 354.2 del vigente Reglamento del Registro Mercantil al acreditarse que el solicitante no posee la titularidad del 5% del capital de la sociedad a auditar.».

IV

Don …. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 2 de abril alegando que «sí poseo el 20% del capital social de Transeuropa Franvi S.L. y el 16,66% del capital social de Transportes Frigoríficos Euroextremeños S.L, y estas sociedades poseen cada una el 50% del capital social de Taramitarete S.L., y a su vez, ésta posee el 100% del capital social de Transportes Ecoextremeños S.L., es obvio que poseo más del 5% del capital social de ésta a través de las entidades Taramitarete SL, Transeuropa Franvi SL y Transportes Frigoríficos Euroextremeños S.L.».

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 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 solici-

tar 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. 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 (artículo 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). De este modo la calificación registral se extiende a la legitimación del solicitante, acreditando ser titular de al menos el 5% del capital social; el cumplimiento del plazo de tal solicitud, que se haga en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio

social; y que la sociedad no haya enervado el derecho del socio minoritario conforme a lo anteriormente expuesto.

3. En el presente expediente no queda acreditada la legitimidad del solicitante, pues según resulta tanto de la solicitud como del propio contenido del escrito de recurso planteado y del historial registral de la sociedad, el socio único de la mercantil «Transportes Ecoextremeños, S.L.» (sociedad respecto de la que se solicita la auditoría de sus cuentas correspondientes al ejercicio 2017), es la mercantil «Taramitarete, S.L.», única legitimada para solicitar tal auditoría conforme a lo dispuesto en el mencionado artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital a través de sus representantes orgánicos o voluntarios.

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 2 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Badajoz.

Resolución de 22 de mayo de 2018 (3.ª)

En el expediente 41/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Taramitarete, S.L.».

HECHOS

I

Don …. presenta escrito de fecha 14 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular del 20 % de la mercantil «Transeuropa Franvi S.L.» y 16,66 % del capital social de «Transportes Frigoríficos Euroextremeños, S.L.», socieda-

des que son titulares al 50% del capital social de la mercantil «Taramitarete, 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 19 de marzo de 2018 en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 26 de marzo presentado el día siguiente alegando que «don ….. no puede solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2017 de la compañía mercantil Taramitarete, S.L., por no ostentar la condición de socio de dicha empresa, conforme a lo preceptuado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital».

III

El registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín, dictó resolución de fecha 2 de abril de 2018 por la que acordó que «se estima la oposición habiendo alegado la sociedad falta de legitimación del solicitante conforme al artículo 354.2 del vigente Reglamento del Registro Mercantil al acreditarse que el solicitante no posee la titularidad del 5% del capital de la sociedad a auditar.»

IV

Don … interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 2 de abril alegando que «sí poseo el 20% del capital social de Transeuropa Franvi S.L. y el 16,66% del capital social de Transportes Frigoríficos Euroextremeños S.L, y estas sociedades poseen cada una el 50% del capital social de Taramitarete S.L., creo que poseo más del 5% del capital social de «Taramitarete S.L.».

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 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. 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 (artículo 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). De este modo la calificación registral se extiende a la legitimación del solicitante, acreditando ser titular del al menos el 5% del capital social; el cumplimiento del plazo de tal solicitud, que se haga en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social; y que la sociedad no haya enervado el derecho del socio minoritario conforme a lo anteriormente expuesto.

3. En el presente expediente no queda acreditada la legitimidad del solicitante, pues según resulta tanto de la solicitud como del propio contenido del escrito de recurso planteado y del historial registral de la sociedad, el socio único de la mercantil «Taramitarete S.L» (sociedad respecto de la que se solicita la auditoría de sus cuentas correspondientes al ejercicio 2016), son las mercantiles «Transeuropa Franvi S.L.» y «Transportes Figrorícos Extremeños, S.L.», únicas legitimadas para solicitar tal auditoría conforme a lo dispuesto en el mencionado artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital a través de sus representantes orgánicos o voluntarios.

En segundo lugar, y pese a no haber sido objeto de calificación en la resolución recurrida, debe recordar este Centro Directivo que el plazo para el ejercicio de la presente solicitud es de tres meses desde el cierre del ejercicio social.

En el presente expediente la solicitud es de fecha 14 de marzo de 2018, refiriéndose al ejercicio 2016, con lo que resultaría evidentemente extemporánea.

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 2 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Badajoz.

Resolución de 22 de mayo de 2018 (4.ª)

En el expediente 54/2018 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Barcelona Project's, S.A.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 19 de abril de 2018, con entrada en este Ministerio el día 26 de abril del mismo año, la registradora mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, 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 los ejercicios 2016 a 2018 de la sociedad «Barcelona Project's, 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 31 de enero de 2018, formulada por don …., en su condición de apoderado, así como la resolución de fecha 19 de abril de 2018 de la registradora mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, resolviendo sobre la procedencia de tal nombramiento para los ejercicios 2016 y 2017 y elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 31 de enero de 2018, formulada por don …., en su condición de apoderado, y según manifiesta el interesado, resulta, en esencia:

1.º Que 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 el auditor de cuentas de la sociedad (KPMG Auditores, S.L.) ha renunciado en fecha 19 de enero de 2018.

3.º En virtud de lo anterior, solicita el interesado se proceda al nombramiento de auditor que realice la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión, relativas a los ejercicios económicos 2016 a 2018, en los términos y a los efectos previstos en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

4.º Asimismo, solicita que dados los activos de la sociedad, entre los que figura el Hotel Rey Juan Carlos I, afectado por varias cargas y gravámenes de carácter complejo y las distintas operaciones de financiación y verificación de la sociedad, se proceda al nombramiento de PricewaterhouseCoopers Auditores, S.L., Ernst & Young, S.L., Deloitte, S.L., o de cualquier otro auditor de cuentas de contrastada solvencia y dotado de los suficientes medios técnicos, materiales y humanos para la correcta verificación de las cuentas anuales y el informe de gestión de la sociedad para los ejercicios antes referenciados.

IV

Por su parte, la registradora mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, resolvió con fecha 19 de abril de 2018 sobre la procedencia de tal nombramiento para los ejercicios 2016 y 2017 y elevó el expediente a esta Dirección General. En concreto, resuelve que procede el nombramiento de auditor solicitado para los ejercicios 2016 y 2017 de la sociedad en cuestión concurriendo las siguientes circunstancias excepcionales previstas en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil:

1.º Que la última cuenta de pérdidas y ganancias depositada en el registro mercantil de la sociedad a auditar no fue formulada en forma abreviada, y habida cuenta el número de trabajadores, y cifras de activo y de negocios.

2.º Por otra parte, en dicha resolución de la registradora mercantil, también se hace constar que con fecha 22 de enero de 2018 tuvo entrada en el registro, remitido mediante burofax, comunicación del auditor de la sociedad, «KPMG Auditores, S.L », suscrito en fecha 19 de enero de 2018, por don …., en representación de la mencionada firma auditora, mediante la cual, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7.3 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, adjuntaba a la misma copia de la comunicación remitida a la entidad «Barcelona Project's, S.A.» poniendo de manifiesto la concurrencia de situación de imposibilidad absoluta para completar los trabajos de auditoría obligatoria de las cuentas anuales de dicha entidad correspondientes al ejercicio terminado en 31 de diciembre de 2016, y describiendo la causa concreta que motiva dicha situación según lo dispuesto en el artículo 7.2 de dicho Reglamento y que justifica la decisión adoptada de renunciar a continuar con el contrato de auditoría, al amparo de lo señalado en el citado artículo; haciéndose constar en el Registro, en fecha 30 de enero de 2018, la mencio-

nada imposibilidad de auditar el ejercicio 2016, y habiendo sido archivada la mencionada comunicación en el legajo IMC), con el número 16/18, todo ello, según resulta de la propia resolución de la registradora.

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 llevadas 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, fundamentalmente, que la sociedad en cuestión está obligada a la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión por auditor de cuentas, y que ha finalizado el ejercicio a auditar y el auditor de cuentas de la sociedad ha renunciado en fecha 19 de enero de 2018.

3. Por su parte, la registradora mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, resolvió con fecha 19 de abril de 2018 sobre la procedencia de tal nombramiento para los ejercicios 2016 y 2017, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y de la resolución de la registradora mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor dada la renuncia de la auditora nombrada al efecto con posterioridad al cierre de los ejercicios 2016 y 2017.

Consecuencia de lo anterior, procede que esta Dirección General acepte que sea un auditor entre los propuestos 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 «Barcelona Project's, S.A.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes exclusivamente a los ejercicios 2016 y 2017, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registro mercantil de Barcelona VII al nombramiento de cualquiera de las mercantiles «Pricewaterhouse Coopers Auditores, S.L.», «Ernst & Young, S.L.», «Deloitte, S.L.», o de cualquier otro auditor de cuentas de contrastada solvencia y dotado de los suficientes medios técnicos, materiales y humanos para la correcta verificación de las cuentas anuales y el informe de gestión de la mercantil solicitante, para que lleve a cabo las labores de auditoría correspondientes exclusivamente a los ejercicios 2016 y 2017, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Barcelona VII 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, 22 de mayo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Barcelona.

Resolución de 22 de mayo de 2018 (5.ª)

En el expediente 55/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de una socia de «Pamicom Comunicaciones, S.L.»

HECHOS

I

Don …., como secretario no consejero de la sociedad Pamicom Comunicaciones, S.L., presentó un escrito de fecha 14 de noviembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de

Madrid, en el que tuvo su entrada el día 15 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones que se dirán como consecuencia del ejercicio del derecho de separación por parte de la socia doña …...

Por su parte, doña …presentó un escrito de fecha 20 de diciembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 26 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de «Pamicom Comunicaciones, 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. Del inciso final de la solicitud consta que la socia solicita que la valoración se haga al cierre del ejercicio contable 2016.

De ambas solicitudes, y documentación que las acompaña, resulta:

a) Que la sociedad celebro junta general el día 26 de junio de 2017 que fue debidamente convocada en fecha 6 de junio del mismo año. Según resulta del acta notarial y de su diligencia de dicha fecha, autorizada por el notario de Madrid don Alejandro Ruiz-Ayucar Seifert, la reunión se produjo con la asistencia del cien por cien del capital social. Resulta igualmente que el representante en la junta de la ahora solicitante solicitó expresamente en dicha junta que se procediese al reparto de dividendo. Resulta que sujeta a votación la propuesta de aplicación del resultado que incluye su destino íntegramente a cubrir la reserva legal y a reservas voluntarias es aprobada con el voto en contra del representante de la solicitante.

b) Consta en el expediente que la socia notificó mediante burofax a la sociedad en fecha 21 de julio de 2017 el ejercicio de su derecho de separación, notificación que la sociedad recibió el día 24 de julio inmediato posterior.

c) Consta igualmente que el presidente del consejo de administración convoco junta general en fecha 11 de septiembre de 2017, en cuyo orden del día se incluye el examen del derecho de separación ejercitado por la socia, de la valoración de sus participaciones, de la persona que haya de llevarla a cabo y del procedimiento para efectuarlo. De acta notarial y diligencia, ambas de fecha 29 de septiembre de 2017 autorizadas por el notario de Madrid don Alejandro Ruiz-Ayucar Seifert resulta que la junta general se reúne en la fecha señalada concurriendo el 100% del capital social y sin que se llegase a adoptar acuerdo alguno.

Junto a los anteriores son hechos relevantes para la presente:

a) La socia doña … solicitó el día 10 de marzo de 2017 del Registro Mercantil de Madrid la designación de un auditor al amparo de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital a fin de que llevara a cabo la verificación de las cuentas anuales de la sociedad cerradas a 31 de diciembre de 2016. El Registro Mercantil notificó dicha circunstancia a la sociedad el día 21 de marzo de 2017. El Registro Mercantil de Madrid resolvió la procedencia de la solicitud el día 12 de abril de 2017. Recurrida la anterior resolución por la sociedad, esta Dirección General de los Registros y del Notariado desestimó el recurso en fecha 25 de septiembre de 2017.

En consecuencia, se produjo por parte del Registro Mercantil a la designación de auditor, designación que recayó en la sociedad Direct Auditores S.L.

Dicha sociedad, mediante escrito de fecha 23 de octubre de 2017, que tuvo entrada en el Registro Mercantil el día 25 inmediato posterior, pone en su conocimiento que, ante la negativa de la sociedad a ser auditada, así como a proporcionar las cuentas anuales a auditar se emite el certificado previsto en el artículo 5 de la Ley de Auditoría.

b) Presentadas a depósito las cuentas anuales del ejercicio 2016 en fecha 12 de diciembre de 2017, junto con el informe de auditoría llevado a cabo por la sociedad Capital

auditors and Consultants S.L., el Registro Mercantil rechazó el depósito en fecha 13 de diciembre de 2017 por no acompañarse las cuentas del informe de verificación llevado a cabo por el auditor designado por el propio Registro Mercantil.

II

Trasladada la primera solicitud a la socia ejerciente del derecho de separación, no se opuso a la designación de experto si bien puso de relieve la presentación de su solicitud y la necesidad de que se uniesen los expedientes, así como que deseaba dejar constancia de la oposición de la sociedad a la designación de auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2016 que había sido objeto de solicitud previa por ella misma.

Por su parte, trasladada la solicitud de la socia a la sociedad por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a su pretensión alegando: 1.º Que la propia sociedad, a la luz del ejercicio del derecho de separación por la socia ya había solicitado del Registro Mercantil de Madrid la designación de experto independiente por lo que no tiene sentido que se designen a dos expertos para la misma valoración. 2.º Que no pueden valorar las participaciones, como pretende la solicitante, a fecha de cierre del último ejercicio (2016), sino a la fecha de ejercicio del derecho de separación, es decir, el día 21 de julio de 2017, fecha en la que se recibió por la sociedad la notificación de ejercicio.

III

La registradora mercantil de Madrid n.º 17, doña Carmen de Grado Sanz dictó resolución conjunta para los dos expedientes en fecha 15 de febrero de 2018 por la que acordó suspender su tramitación.

De la resolución resulta que puesto que ambas partes muestran su interés en la designación de experto debe procederse a su designación. Ahora bien, fundamenta su resolución en el hecho de que, solicitado por la socia la designación de un auditor para la verificación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, no procede la designación ahora de un experto hasta que aquél haya finalizado sus trabajos y quede debidamente acreditada la existencia de beneficio en el ejercicio tal y como exige la dicción del artículo 348 bis.

IV

Don …., actuando en interés de la sociedad, por escrito de fecha 23 de marzo de 2018, 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 aunque la registradora reconoce que procede el nombramiento de experto independiente no lo hace, a pesar de que se cumplen todos los requisitos exigidos por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que las dos partes han ejercitado el derecho que les reconoce el artículo 353 de la misma Ley por lo que el nombramiento es obligado. 3.º Que no existe incertidumbre alguna por el hecho de que exista la previa designación de un auditor a instancia de la minoría pues como resulta del artículo 354 de la Ley el experto puede solicitar toda la información precisa para llevar a cabo su labor sin supeditarla al informe de verificación (con cita de la resolución de 28 de febrero de 2018). 4.º Que se produce un perjuicio a la socia que ha ejercitado su derecho por cuanto: retrasa injustificadamente la recuperación de su inversión, la pone en peligro si la sociedad cae en concurso y no se le permite cumplir con su voluntad de salir de la sociedad.

En la misma fecha tiene acceso al Registro Mercantil de Madrid escrito de recurso de la señora doña … en el que pone de manifiesto, resumidamente, lo siguiente: 1.º Que resulta indiscutido que en la junta general de 26 de junio de 2017 se sometieron a aprobación unas cuentas que fueron voluntariamente auditadas por la sociedad de las que resultaba la existencia de beneficio. 2.º Que el expediente de designación de auditor a instancia de la recurrente ha finalizado por cuanto, ante la negativa de la sociedad a que se lleve a cabo la auditoría, el auditor designado por el registrador mercantil notificó la imposibilidad de llevar a cabo su cometido. Que en consecuencia no tiene sentido suspender el procedimiento porque no se podrá reanudar constituyendo un hecho imposible. Que no existe óbice para que el experto independiente lleve a cabo la valoración de las participaciones porque dispone de la información suficiente como resulta de la existencia de cuentas y del informe de auditoría. 3.º Que se trata de expedientes distintos que no se condicionan entre sí como demuestra el hecho de que si no se hubiesen solapado en el tiempo nada habría impedido la designación de experto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo y 9 de abril de 2018.

1. Para la adecuada comprensión de los hechos expuestos más arriba por extenso esta Direcció General considera oportuno ordenarlos de la siguiente manera:

a) Como consecuencia de la solicitud que lleva a cabo la socia minoritaria para que las cuentas del ejercicio 2016 se verificaran al amparo de lo dispuesto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, se procede por parte del registrador mercantil de Madrid a resolver, en fecha 12 de abril de 2017, la pertinencia del nombramiento. La resolución deviene firme en vía administrativa al ser desestimado el recurso interpuesto ante esta Dirección General en fecha 25 de septiembre del mismo año. El Registro Mercantil de Madrid procede a la designación de un auditor quien, en fecha 23 de octubre comunica la imposibilidad de llevar a cabo la auditoría por la negativa de la sociedad a ser auditada y a proporcionar la necesaria información.

b) En el ínterin, se convoca la junta general de la sociedad en fecha 6 de junio de 2017 y se celebra el día 26 inmediato posterior. En dicha junta se aprueban las cuentas correspondientes al ejercicio 2016 así como la propuesta de aplicación del resultado en su integridad a reservas. La socia disidente ejerce el derecho de separación y lo notifica a la sociedad.

c) En fecha 12 de diciembre de 2017 la sociedad presenta las cuentas del ejercicio 2016 a depósito junto al informe de verificación llevado a cabo por un auditor distinto al designado en su día por el Registro Mercantil. Al día siguiente, día 13 de diciembre de 2017, el registro rechaza el depósito por este motivo.

d) En fecha 15 de febrero de 2018 la registradora mercantil de Madrid resuelve sobre la solicitud, tanto de la sociedad como de la socia que ejerce el derecho de separación, de que designe experto a fin de determinar el valor razonable de las participaciones. La resolución contra la que se interponen sendos recursos entiende que al no estar las cuentas auditadas por el auditor designado por el Registro Mercantil no puede determinarse si existe o no el beneficio a que se refiere el artículo 348 bis y que constituye la base fáctica esencial del ejercicio del derecho de separación.

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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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. Para la correcta solución a la cuestión planteada deben analizarse dos cuestiones de gran importancia que, aunque merecen un análisis jurídico separado, se encuentran ligadas entre sí como se verá.

La primera es la relativa a cuál pueda ser el impacto que en el procedimiento para la designación de experto al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital haya de tener la previa existencia de un auditor designado. La segunda es la relativa a la trascendencia que para la sociedad tiene el hecho de que se haya ejercitado por un socio el derecho a solicitar la designación de auditor y las consecuencias que de ello se derivan para la aprobación de las cuentas anuales y de la propuesta de aplicación del resultado.

En relación a la primera cuestión, esta Dirección tiene declarado *(vide* resoluciones de 22 de febrero de 2018 en esta misma materia de designación de expertos), que el mandato que recibe el auditor de cuentas de la sociedad consistente en: «…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.», (artículo 1.2 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), no puede confundirse con el mandato que recibe un experto independiente, que no tiene porqué ser auditor, para la determinación del valor razonable de la participación del socio que se separa (artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital). De aquí que el hecho de que la sociedad disponga de auditor de cuentas para la verificación de sus estados contables no impide, en absoluto, la procedencia de designación de un experto independiente en los supuestos en que la Ley así lo considera oportuno, como es el que da lugar a la presente.

El hecho de que la sociedad tenga designado auditor para llevar a cabo las labores de auditoría como consecuencia de la existencia de un expediente tramitado al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no modifica la anterior conclusión.

Y es que el problema grave que se plantea no es si es preciso esperar a la auditoría para saber si la existencia o no de beneficio responde al principio de veracidad, sino si es posible la propia existencia de acuerdo de aprobación por la junta general tanto de las cuentas anuales como de la propuesta de aplicación del resultado, lo que nos lleva a la siguiente cuestión.

6. Como resulta de los hechos el acuerdo de la junta general en que fundamenta su solicitud la socia minoritaria fue adoptado el día 26 de junio de 2017 previa convocatoria de la junta el día 6 inmediato anterior. Por su parte la socia había solicitado del Registro Mercantil la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital el día 10 de marzo del mismo año, iniciativa que fue notificada a la sociedad el día 21 de marzo.

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.

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 (artículo 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 (artículo 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 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 aclaraciones 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 una 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 desestimación de los recursos 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. Téngase en cuenta que el Registro Mercantil de Madrid ya ha reaccionado a la situación antijurídica que se ha producido al impedir el depósito de las cuentas del ejercicio 2016 al no haber venido acompañado del informe de verificación realizado por quien tiene el mandato del propio registro de llevarlo a cabo. Sin perjuicio de las consecuencias que en el procedimiento de depósito haya tenido ya el hecho de que la sociedad haya prescindido de la existencia de dicho mandato y las consecuencias que de ello se derivan *(vide* resoluciones en materia de recursos contra la calificación de los registradores de fechas 21 de noviembre de 2013, 22 de julio y 15 de septiembre de 2016 y 23 de abril de 2018), esta Dirección General tiene declarado en sede de recursos en materia de designación de expertos que el ejercicio del derecho de separación ha

de estar basado en un acuerdo social válido pues de lo contrario el fundamento mismo del derecho resulta inexistente haciendo imposible su ejercicio *(vide* resoluciones de 22 de diciembre de 2017 y de 8 y 16 de enero de 2018).

Como resulta de los hechos la sociedad fue notificada de la existencia de la solicitud de designación de auditor desde el día 21 de marzo de 2017. Desde esa fecha el órgano de administración debería haber actuado con la máxima prudencia ante la indeterminación de si las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 habrían de ser objeto o no de auditoría forzosa. Mucho antes de llevar a cabo la convocatoria (que se realizó el día 6 de junio), el Registro Mercantil de Madrid resolvió la procedencia de la designación de auditor a instancia de la minoría y si bien resulta indiscutible que la sociedad actuó legítimamente al ejercer su derecho de recurrir en alzada dicha resolución, no lo hizo al convocar la junta para la aprobación de las cuentas anuales a pesar de conocer la existencia de la resolución y la incertidumbre existente hasta el momento de que la situación ganara firmeza en vía administrativa.

Procede en consecuencia la desestimación de los recursos entablados pues la ausencia de un acuerdo válido sobre la propuesta de aplicación del resultado hace inviable el ejercicio del derecho de separación.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid n.º 17, doña Carmen de Grado Sanz 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, 22 de mayo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Madrid.

Resolución de 24 de mayo de 2018

En el expediente 34/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Promociones Labraper, S.A.».

HECHOS

I

Doña….presenta escrito de fecha 9 de enero de 2018, 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 la mercantil «Promociones Labraper, S.A. (titular del 28,33 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 11 de enero de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 19, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 26 de enero, presentado el día 31 del mismo mes, alegando que «en la junta general de la sociedad celebrada el 9 de noviembre de 2017, en el punto 3.º del orden del día se propuso el nombramiento de la Entidad Grupo P&L Auditores, S.L. para auditar las cuentas de los ejercicios 2017, 2018 y 2019». Continúa señalando que «el nombramiento de auditor fue realizado en tiempo y forma (por la Junta General y antes del cierre del ejercicio), siendo certificado dicho acuerdo y la aceptación del nombramiento antes de la presentación de la solicitud por la socia minoritaria». Concluye indicando que «el nombramiento y aceptación aún no han sido inscritos, aunque si presentados al Registro para su inscripción, al existir defectos que se están subsanando».

Acompaña certificación expedida por el administrador único de fecha 9 de noviembre de 2017 con firma legitimada notarialmente el día 5 de diciembre de 2017 y escrito de aceptación del encargo de auditoría para los ejercicios 2017, 2018 y 2019 de fecha 29 de noviembre, con firma legitimada notarialmente el día siguiente.

III

Con fecha 29 de enero de 2018, al no resultar el cargo de los archivos del Registro, se requiere a la sociedad para que aporte los documentos acreditativos de la designación del firmante, doña…, como administradora única de la sociedad. Dicho requerimiento es atendido el día 15 de febrero de 2018, presentando la documentación requerida el día 19 del mismo mes.

IV

El registrador mercantil de Madrid, don Francisco Javier Navia-Osorio dictó resolución de fecha 21 de febrero de 2018 por la que acordó, al encontrarse vigente el asiento de presentación mencionado, «dejar en suspenso el nombramiento de auditor a instancia del socio durante el plazo de vigencia del asiento, procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado si durante ese periodo no se inscribe, se aporta el informe de auditoría correspondiente o se acredita fehacientemente la entrega de dicho informe al solicitante».

V

Doña …. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 21 de febrero, alegando que «esa inscripción defectuosa relativa al nombramiento de auditor de cuentas por acuerdo de la junta general es insostenible su posible inscripción porque esa junta a la que no acudí en persona ni tampoco representada no fue convocada cumpliendo los requisitos estatutarios por no haber sido publicada en el BORME ni en uno de los diarios de mayor circulación de Madrid».

VI

El 17 de abril de 2018 se presenta en el registro mercantil de Madrid escrito firmado por doña…, administradora única de la mercantil «Promociones Labraper, S.A.», al que se acompaña informe de auditoría emitido por la entidad «Grupo P&L Auditores, S.L.» relativo a las cuentas de la mercantil correspondientes al ejercicio 2017.

El 19 de abril doña…, instante del presente expediente, solicita sea alzada la suspensión del nombramiento solicitado.

VII

Con fecha 6 de abril de 2018 tiene entrada en este Centro Directivo oficio remitido por don Francisco Javier Navia-Osorio, registrador mercantil de Madrid, en el que se hace constar que con fecha 17 de abril se ha presentado en el citado registro escrito firmado por doña …., en nombre y representación de Promociones Labraper, S.A., al que se acompaña el informe de auditoría emitido por la entidad «Grupo P&L Auditores, S.L.», sobre las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 de la citada sociedad. Asimismo, hace constar que con fecha 19 de abril de 2018, doña…, solicitante del nombramiento de auditor, presenta escrito en el que manifiesta que ha vencido el plazo de vigencia del asiento de presentación de la documentación que contiene el acto de nombramiento de auditor de cuentas designado por la sociedad, y solicita sea alzada la suspensión del nombramiento solicitado. Se acompaña el informe indicado para su incorporación al expediente.

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 Socie-

dades 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 resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil con fecha 9 de enero de 2017 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar certificación del acuerdo de fecha 9 de noviembre de 2017, así como la aceptación por parte de auditor designado para el ejercicio 2017 por escrito de fecha 29 de noviembre. Y, además, obra en el expediente el informe de auditoría en cuestión remitido por el registro mercantil a esta Dirección General emitido por la entidad «Grupo P&L Auditores, S.L.», sobre las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 de la sociedad «Promociones Labraper, S.A.».

La cuestión se traslada por tanto 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 21 de febrero de 2018 resulta que la sociedad solicitó la inscripción del nombramiento de auditor en fecha 20 de diciembre de 2017 (Asiento 580 del Diario 2804), siendo calificada defectuosamente el día 12 de enero de 2018. Con posterioridad, y según resulta de los antecedentes dichos, y así obra en el expediente, tiene entrada en este Centro Directivo oficio remitido por el mismo registro mercantil al que se acompaña el informe de auditoría.

En primer lugar, 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 llevar a cabo 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 procedería 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 debería 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 en un primer momento de interposición del recurso se produce en el supuesto de hecho, en el que resulta del expediente que se solicitó la inscripción del nombramiento de auditor voluntario, inscripción que de haberse practicado enervaría la solicitud del socio minoritario de acuerdo a la doctrina expuesta más arriba.

En este primer momento de interposición de recurso, 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 20 de diciembre de 2017, causando el asiento de presentación 580 del Libro Diario 2804, número de entrada 1/2017/168634, fue calificada como defectuosa el 12 de enero de 2018 encontrándose vigente. Por tanto, resulta la 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 procedería el pronunciamiento del registrador de acuerdo con el contenido del Registro.

En esta situación resultaría procedente la resolución del registrador mercantil recurrida de «dejar en suspenso el nombramiento de auditor durante el plazo de vigencia del asiento (Asiento 580 del Diario 2804), procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado si durante ese periodo no se inscribe, se aporta el informe de auditoría correspondiente o se acredita fehacientemente la entrega de dicho informe al solicitante». Y, en consecuencia, y con arreglo a lo anterior, procedería ratificar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid don Francisco Javier Navia-Osorio objeto del presente recurso.

4. No obstante lo anterior, ya en sede de recurso, y con fecha 6 de abril de 2018 tiene entrada en esta Dirección General oficio remitido por don Fran-

cisco Javier Navia-Osorio, registrador mercantil de Madrid, en el que se hace constar que con fecha 17 de abril se ha presentado en el citado registro escrito firmado por doña ….., en nombre y representación de Promociones Labraper, S.A., al que se acompaña el informe de auditoría emitido por la entidad «Grupo P&L Auditores, S.L.», sobre las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 de la citada sociedad. Aportación de auditoría voluntaria en fase de recurso que enerva el derecho del socio minoritario a la verificación contable al acreditarse el cumplimiento de las dos condiciones concurrentes: a) Que es anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantiza el derecho del socio al informe de auditoría por su incorporación al expediente en fecha 17 de abril de 2018.

En este sentido, 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas).

De conformidad con las consideraciones anteriores esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y la solicitud de designación de auditor porque el interés de la solicitante ha quedado debidamente cumplimentado con la aportación del informe de verificación al expediente.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don Francisco Javier Navia-Osorio, de fecha 21 de febrero de 2018, en los términos que resultan de la presente.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 25 de mayo de 2018 (1.ª)

En el expediente 31/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Vestuario Laboral y Publicidad, S.L.»

HECHOS

I

Don …. presentó un escrito de fecha 1 de febrero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Toledo, en el que tuvo su entrada el día 7 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 «Vestuario Laboral y Publicidad, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017. En concreto de la instancia presentada resulta que ostenta una participación del 40% de las participaciones en que se divide el capital social.

Resulta aportada al expediente copia de la escritura por la que la sociedad se constituyó el día 3 de marzo de 2005 ante el notario de Puebla de Almoradiel don Ramón Luis Aparicio Núñez en la que comparece el hoy solicitante y lo hace como casado bajo el régimen de la sociedad de gananciales con doña…, suscribiendo ocho de las diez participaciones en que se divide el capital social.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que el solicitante es titular, junto con su esposa, del 80% de las participaciones sociales por lo que la solicitud debería presentarse por ambos cotitulares simultáneamente pues de lo contrario iría en contra de los intereses de su exesposa.

III

La registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López dictó resolución en fecha 22 de febrero de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado por cuanto la sociedad no ha negado la condición de socio del solicitante y porque el carácter ganancial de las participaciones no excusa del hecho de que el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición corresponde al socio sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales entre los cónyuges.

IV

Don …., por escrito sin fechar que tuvo entrada el 3 de abril de 2018 en el Registro Mercantil de Toledo, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base exclusivamente a la afirmación de que dado que la sociedad no ha aportado documentación alguna no cabe deducir el carácter ganancial de las participaciones sociales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 escasísima argumentación de la sociedad (que no aporta prueba en contrario alguna como reconoce el propio escrito de recurso), no puede enervar el hecho de que el interesado ha acreditado suficientemente el cumplimiento de los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital exige para que el registrador mercantil proceda a la designación del auditor solicitado.

Como ha reiterado esta Dirección *(vide* entre las más recientes resoluciones de 29 y 30 de julio y 12 de septiembre de 2014 y 16 de junio y 4 de julio de 2017), es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de 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 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.

2. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente consta en el expediente que el solicitante es titular, con carácter ganancial, de un porcentaje de participaciones de la sociedad que excede del mínimo legal por lo que resulta forzoso reconocerle la legitimación exigida por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. A falta de cualquier otra aportación documental el contenido de esta resolución sólo puede ser desestimatoria del recurso entablado.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Toledo, doña Pilar del Olmo López de fecha 22 de febrero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 mayo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Toledo.

Resolución de 25 de mayo de 2018 (2.ª)

En el expediente 58/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de una interesada de «Promociones Astalo, S.L.»

HECHOS

I

Doña …. presentó un escrito de fecha 23 de febrero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Palencia, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que expuso:

a) Que su esposo don …. es socio de la sociedad Promociones Astalo S.L. ostentando participaciones que tienen el carácter de gananciales de, al menos, el 5% del capital social.

b) Que el régimen económico matrimonial de los cónyuges ha sido desde la fecha de su celebración hasta el de su disolución y liquidación en escritura pública autorizada por la notaria de Valladolid doña María González-Carballo Almodóvar de fecha 9 de diciembre de 2014, el de gananciales. Acompaña copia.

c) Que la solicitante no ha tenido información relativa a la sociedad ni a las participaciones durante los años de matrimonio y que incluso las participaciones no se incluyeron en el activo ganancial por lo que habiendo tenido conocimiento de su existencia y ante la falta de liquidación de este activo, solicitó información a la sociedad sin que hasta la fecha haya tenido respuesta.

d) Que a la vista del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y de conformidad con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (con cita de la resolución de 25 de junio de 2015), ante situaciones de abuso de derecho procede la designación de auditor a instancia del cónyuge o ex cónyuge.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que la solicitante no aparece en el libro registro de socios ni tiene un poder de representación de su cónyuge por lo que no puede ejercer los derechos inherentes a la condición de socio.

Por su parte la solicitante presenta escrito de alegaciones de fecha 23 de marzo de 2018 en el que afirma: Que no se le ha dado traslado del libro registro de socios por lo que no se puede dar por cierta la afirmación de que no consta en tal libro, pero aun aceptando dicha aseveración se pone en duda que no resulta el carácter ganancial de las participaciones. Que como queda acreditado todas las participaciones tienen naturaleza ganancial y conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital debería haberse designado una persona para el ejercicio de los derechos sociales, cosa que nunca ha hecho la solicitante todo lo cual justifica el reconocimiento del derecho del artículo 265.2 de la Ley como ha reconocido en numerosas ocasiones la propia Dirección General de los Registros y del Notariado. Que el administrador debería haber contrastado el nombramiento de una sola persona para el ejercicio de los derechos de la comunidad ganancial como exige el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital. Que la propia Dirección General ha afirmado en su resolución de 25 de junio de 2015 que en situaciones de abuso de derecho procede la designación a solicitud del ex cónyuge distinto al titular inscrito siendo patente la situación de abuso como resulta del hecho de que el socio don …. haya solicitado la declaración de concurso sin inventariar las participaciones sociales que tampoco aparecen en el informe del administrador concursal ni en la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, así como del hecho de que en la memoria de las cuentas del ejercicio 2016 aparece una deuda de la sociedad contra los socios muy elevada, así como por la existencia de determinadas decisiones judiciales en el ámbito de la violencia de género.

III

El registrador mercantil de Palencia, don Alfonso Candau Pérez dictó resolución en fecha 9 de abril de 2018 por la que acordó inadmitir la solicitud y estimar improcedente el nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña …., por escrito de fecha 20 de abril de 2018, que tuvo entrada el posterior día 26 en el Registro General del Ministerio de Justicia que lo trasladó al Registro Mercantil, 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 ignora la existencia de actuaciones procedimentales posteriores a la solicitud de designación de auditor cuya ignorancia genera indefensión y vicia de anulabilidad la decisión adoptada. Que a la vista de la documental aportada la condición de socio no puede predicarse del esposo don …. sino del consorcio matrimonial quien es el legítimo titular de las participaciones por lo que se encuentra legitimada para el ejercicio del derecho del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Que dado que las participaciones gananciales no han sido objeto de liquidación ni de adjudicación a ninguno de los cónyuges y ninguno puede, sin el concurso del otro, ejercer los derechos de socio se aplican las reglas del condominio o las de la sociedad de gananciales, pero sin que ninguno de los interesados pueda actuar sin el consentimiento del otro. Que la solicitante ha aportado cumplida prueba de la legitimidad de las participaciones sociales y de su correspondencia a la sociedad conyugal. Que la sociedad por el contrario nunca ha verificado la correcta identidad del compareciente en las escrituras de adquisición de participaciones, ni ha procedido a su correcta inscripción en el libro de socios ni ha requerido a los cónyuges para la designación de un representante. Que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha calificado a las comunidades sobre bienes gananciales como germánicas conside-

rando legitimado a cualquier cónyuge para solicitar el nombramiento de auditor. Que en el supuesto de hecho concurre tanto la situación evidente de abuso de derecho como la de posición privilegiada del cónyuge como se ha acreditado en el expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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. Son hechos que resultan de la documentación aportada al expediente:

a) Que el esposo de la solicitante es socio de la sociedad a que se refiere este expediente en virtud de distintos títulos onerosos y constante matrimonio.

b) Que la sociedad de gananciales entre la solicitante y su esposo se disolvió y liquidó en fecha 9 de diciembre de 2014 sin que las participaciones en la sociedad a que se refiere este expediente fueran objeto de liquidación y atribución.

Así las cosas, la solicitante insta la designación de auditor amparada en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital por considerar que su petición se encuentra debidamente legitimada. El registrador desestima su solicitud por considerar que la ganancialidad de las participaciones no otorga derechos políticos al cónyuge del socio a salvo el supuesto de representación y porque, aunque se considerara la existencia de una cotitularidad, los copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos del socio

2. Esta Dirección General tiene elaborada una dilatada doctrina en relación a las consecuencias que para el expediente de designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital tiene el carácter ganancial de las participaciones en relación a la solicitud de un socio. Esta doctrina, que modifica la anterior como se verá, hace alusión tanto a las consecuencias de la ganancialidad constante la sociedad de gananciales como al término de la misma.

3. En relación a la situación vigente la sociedad de gananciales, esta Dirección General afirmó *(vide* resoluciones de 16 de mayo de 2012 y 4 de noviembre de 2013 por todas), que en el supuesto de participaciones sociales adquiridas por un cónyuge constante matrimonio existe una cotitularidad sobre todos los bienes que integran la comunidad ganancial que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por uno solo de los cónyuges sin perjuicio de la previsión del artículo 1384 del Código Civil. Como quiera que el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña

ninguna facultad de disposición, sino que se ubica dentro de los actos de gestión y buena administración por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa, se ha de concluir que los cónyuges están legitimados indistintamente para obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

4. La doctrina anterior fue posteriormente modificada por no ser conforme con la propia de los órganos jurisdiccionales a la que esta Administración debe acomodarse. Dichos órganos han ido conformando una doctrina basada en la distinción entre los efectos que el carácter ganancial de las acciones o participaciones tiene entre los cónyuges con el carácter personal de la relación entre la sociedad y el socio titular de modo que aquellos no pueden interferir en el funcionamiento de esta. El carácter ganancial o no de acciones o participaciones es una cuestión ajena a la condición de socio que en nuestro ordenamiento mercantil se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición. Como afirma el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital: «Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos». En el mismo sentido, entre otros, los artículos 93, 99.1, 102, 104, 122, 126, 179, 183, 184, 188, 291, 292, 346, 353, 393 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

Afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de julio de 1998 que: «… por ser cónyuge del socio, no se adquiere dicha condición, sino que tan sólo se tiene posibilidad de ello por medio de un acto de transmisión.» Y continúa: «Tampoco se trata de copropiedad de participaciones, pues en ese caso ambos cónyuges debían constar como copropietarios de las participaciones sociales y la designación formal a uno de ellos para el ejercicio de los derechos de socio (art. 35 LSRL), circunstancias que no se especifican en el presente caso donde sólo aparece uno de los cónyuges como socio fundador y único propietario de las participaciones sociales suscritas. El hecho de que el titular de las participaciones sociales se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones: a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.»

Con mayor despliegue argumentativo afirma lo siguiente la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 18 de julio de 2000: «…debe distinguirse, en las sociedades de capital, entre la titularidad de las participaciones y el derecho de asistencia a las Juntas. La seguridad jurídica en este tipo de sociedades, y la obligación legal de llevanza de un Libro Registro de Socios, implica que el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta derive de la inscripción en el Libro Registro (artículo 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento

público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (artículo 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pero no le otorga derechos políticos frente a la sociedad salvo representación del titular (artículo 49 de la Ley especial). Pero es que, aunque no fuera así y se considerara la existencia de una cotitularidad compartida sobre las participaciones, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley especial, para supuestos de cotitularidad o copropiedad de participaciones, esto es, los cónyuges copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, designación que debería notificarse a la sociedad previamente a la Junta e inscribirse en el Libro Registro de socios, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley especial ya citados.»

Y con toda contundencia la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia de 19 de octubre de 2004: «…los títulos valores tienen dos facetas, una patrimonial y otra societaria, la primera comprendería la relación interna, esto es, la titularidad real, que en este caso es la sociedad ganancial, y la segunda afecta a su vertiente externa, la actuación frente a terceros, en que necesariamente ha de intervenir una sola persona física o jurídica…» Y termina: «Además, la solución es coherente con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que expresamente ordena que, en los supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones, los cotitulares habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Esta tesis viene confirmada por la Dirección General de Registros y del Notariado, en resolución de 25 de mayo de 1.987, citada por la propia recurrente, en la que se señala que «en tanto que bien ganancial, la participación social estará sujeta al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la cogestión, es indudable la aplicación del inciso primero del art. 1.384 del Código civil, en cuanto proclama la validez de los actos de administración realizados unilateralmente por el cónyuge a cuya nombre figuren. Por tanto, si la renuncia a la suscripción preferente de acciones se considera un acto de disposición, como sostiene la actora, o si se califica de acto de administración, como viene a defender la apelada al equipararlo con el no ejercicio de un derecho, la realidad es que el mismo no necesitaba el consentimiento de la cotitular patrimonial porque expresamente lo autoriza el artículo 1.384, con independencia de que sea a título gratuito u oneroso, sin necesidad de entrar en mayores disquisiciones.»

5. De la anterior doctrina jurisdiccional pueden deducirse las siguientes conclusiones:

a) La condición de socio va unida a la titularidad de acciones o participaciones.

b) El ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio corresponde al titular de acciones o participaciones a salvo los supuestos de representación.

c) El carácter ganancial de las acciones o participaciones de un socio no altera este esquema de cosas sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales entre cónyuges y del ejercicio de las acciones que pudieran corresponder en supuestos de fraude o daño (artículos 1390 y 1391 del Código Civil).

d) En caso de cotitularidad de acciones o participaciones sociales, los cotitulares deben designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital *(vide* sentencia 727/2012 de 8 noviembre de la Audiencia Provincial de Murcia en cuanto a los límites del mandato). Cuando las participaciones o acciones pertenecen a ambos cónyuges con carácter ganancial se aplica la misma regla *(vide* sentencia 286/2013 de 11 diciembre de la Audiencia Provincial de Toledo).

6. De conformidad con la anterior doctrina de los Tribunales, esta Dirección General acomodó a la misma su propia doctrina a partir de las resoluciones de 25 de junio (1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª) y 29 de julio de 2015 afirmando que carece de legitimación para solicitar la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital el cónyuge del socio por el mero hecho de que las acciones o participaciones que este ostenta tengan el carácter de bienes gananciales y sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales que procedan entre los cónyuges.

7. Por lo que se refiere a la situación posterior a la disolución de la sociedad de gananciales la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha mantenido que 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.

8. 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 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).

9. 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).

10. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las participaciones que ostenta el socio tienen carácter ganancial, así como que la sociedad de gananciales se encuentra disuelta y, en lo que respecta a las citadas participaciones, sin liquidar.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería la desestimación 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 n.º 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 situación de hecho que la sociedad no puede ignorar ni ignora y en la que, 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 ostenta el cargo de administrador 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.»

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Palencia, don Alfonso Candau Pérez de fecha 9 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 mayo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Palencia.

Resolución de 25 de mayo de 2018 (3.ª)

En el expediente 62/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «A3 Consultores Técnicos Inmobiliarios España, S.L.».

HECHOS

I

Don …. presenta escrito de fecha 16 de febrero de 2018, 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 la mercantil «A3 Consultores Técnicos Inmobiliarios España, S.L. (titular del 20 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resoluciones de 19 de febrero y de 8 de marzo en el domicilio social siendo devueltas ambas por el Servicio de Correos con las indicaciones respectivas de «Desconocido» y «Ausente Reparto».

III

El 14 de marzo de 2018 se presenta en el registro mercantil de Madrid escrito suscrito por el solicitante, don …., indicando un nuevo domicilio de la sociedad. Con fecha 16 de marzo se da nuevo traslado a la mercantil de la solicitud referida, siendo recibida el día 20 del mismo mes, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 20 de marzo presentado el día 23 del mismo mes alegando que «la sociedad viene auditando sus cuentas desde el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2016 y tiene nombrada como auditora para los ejercicios 2016, 2017 y 2018, a la empresa Auditlaw Auditores & Abogados, S.L.».

Acompaña copia de la certificación de 14 de septiembre de 2017 de nombramiento de los auditores y escrito de aceptación del encargo de auditoría para los ejercicios 2016, 2017 y 2018 de fecha 13 de septiembre de 2017, con firma legitimada notarialmente el día 21 de marzo de 2018.

IV

El registrador mercantil de Madrid, don Miguel Seoane de la Parra dictó resolución de fecha 3 de abril de 2018 por la que acordó, al encontrarse vigente el asiento de presentación mencionado, «dejar en suspenso el nombramiento de auditor solicitado durante el plazo de vigencia de dicho asiento, procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado si durante ese periodo no se inscribe, no se aporta el informe de auditoría correspondiente o no se acredita fehacientemente la entrega de dicho informe al solicitante» puesto que la sociedad el día 23 de marzo de 2018 (número de entrada 1/2018/45.621, Asiento 487 del Diario 2831) presentó para su inscripción en la hoja social la documentación relativa al nombramiento de auditor referido, habiendo sido calificada defectuosa el día 2 de abril de 2018.

V

Don …. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 3 de abril, alegando que «la documentación relativa al nombramiento de auditor de cuentas que presentó la sociedad para su inscripción en el Registro en fecha 23 de marzo de 2018 (es decir, con carácter posterior a nuestra solicitud de nombramiento de auditor, pero con anterioridad a la notificación de la Resolución del Registrador) fue calificada con defectos, y está pendiente de subsanación. En cualquier caso, esta parte se atreve a decir que dicha presentación de nombramiento de auditor por parte de la sociedad en tal fecha, no

es casualidad, sino que forma parte de una estrategia urdida por la Sociedad para evitar a toda costa el nombramiento de un auditor de cuentas independiente.»

VI

El 16 de mayo de 2018 se incorpora al expediente por el registro mercantil de Madrid resolución indicando que el día 10 de mayo de 2018 fue objeto de inscripción el nombramiento a instancia de la sociedad causando la inscripción cuarta de la hoja social. Con fecha 17 de mayo de 2018 tiene entrada en este Centro Directivo oficio de fecha 16 del mismo mes remitido por don Miguel Seoane de la Parra, registrador mercantil de Madrid, en el que se hace constar que con fecha 10 de mayo quedó inscrito el nombramiento de auditor de cuentas designado voluntariamente por la sociedad, causando la inscripción 4.ª, de la que se adjunta copia.

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.

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 de hecho que motiva la presente hay que tener en cuenta que se solicita por parte de la sociedad, con posterioridad a la presentación de la instancia, la inscripción del nombramiento de auditor; la inscripción se lleva a cabo y el auditor voluntario es inscrito en el Registro Mercantil, causando la inscripción 4.ª, como obra en el expediente.

En este caso, 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 (artículo 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 expediente, 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 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. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don Miguel Seoane de la Parra, de fecha 3 de abril de 2018, en los términos que resultan de la presente, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 mayo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 29 de mayo de 2018

En el expediente 47/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de la sociedad «Eneas Servicios Inmobiliarios, S.L.»

HECHOS

I

Don …., como administrador de la sociedad Eneas Servicios Inmobiliarios, S.L., presentó un escrito de fecha 19 de diciembre 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital el nombramiento de un experto que determine el valor real de las participaciones sociales del socio excluido «Kiko y Tiger S.L.»

De la solicitud y documentación aportada resulta:

a) Que la sociedad celebró junta general el día 10 de octubre de 2017 en cuyo orden del día se recogía lo siguiente: «Primero. Excluir al socio Kiko y Tiger S.L. en ejercicio de lo previsto en el artículo 350 de la Ley de Sociedades de Capital.»

b) De acta notarial autorizada por el notario de Madrid don Luis Jorquera García en fecha 10 de octubre de 2017 y de diligencia del mismo día resulta la presencia en la junta del cien por cien del capital social, incluido el socio Kiko y Tiger S.L. que ostenta un 0.83% del capital social. También consta que sometido a votación el punto primero del orden del día es aprobado con el voto favorable del 99,17% del capital social con el voto en contra del socio Kiko y Tiger S.L.

Según consta en el acta, el secretario de la junta afirma que durante los periodos 2014-2015, el señor ….., como administrador y socio único de Kiko y Tiger S.L. y a su vez administrador solidario de la sociedad, constituyó un entramado social con idéntico objeto que la sociedad, siendo preciso levantar el velo societario al constituir un abuso de forma. Que cuando se detectó por el resto de socios se acordó su cese como administrador así como otras acciones, todo lo cual justifica la exclusión como socio de Kiko y Tiger S.L. En la misma sesión interviene el representante de esta sociedad para afirmar, entre otras muchas cuestiones que no tienen relación con el objeto de la presente, que la sociedad Kiko y Tiger S.L. nunca ha ostentado la condición de administrador.

c) La sociedad solicitante acompaña copia del burofax remitido al socio Kiko y Tiger S.L. en fecha 16 de noviembre de 2017 en el que se le hace una oferta de valoración de su participación social, así como copia del burofax de contestación en el que el socio excluido se opone a la exclusión y a la utilización del anterior como prueba de que ha existido un intento de acuerdo de valoración.

II

Trasladada la solicitud a la sociedad Kiko y Tiger S.L., se opuso a la pretensión de procedencia de designación de experto alegando, resumidamente, lo siguiente: 1.º Que la sociedad ejercita su derecho de mala fe y en forma abusiva. Que la sociedad no ha puesto de manifiesto que el presente expediente vino precedido de otro que resulto archivado en fecha 28 de noviembre de 2017, pretendiendo ahora iniciar uno nuevo como si no hubiera pasado nada con anterioridad, enmascarando así la manifiesta ilegalidad de su actuación. Que no se dan los presupuestos legales para el excluir al socio, pretendiendo crear ante el Registro Mercantil una apariencia que no coincide con la realidad. 2.º Que el acuerdo de exclusión adoptado por la sociedad no encaja en el supuesto del artículo 350 de la Ley de Sociedades de Capital resultando manifiestamente ilegal. Que el acuerdo de ampliación de capital por el que se redujo la participación de Kiko y Tiger S.L. está impugnado judicialmente. Que la sociedad ha cambiado los hechos torticeramente con la finalidad de que encajen en el tipo del artículo 350 de la Ley. Que Kiko y Tiger S.L. nunca ha tenido relación de competencia con la sociedad, nunca ha sido administrador de la sociedad y nunca ha sido socio administrador, que es la situación exigida por el tipo legal para que la junta pueda acordar la exclusión. 3.º Que se pretende llevar a cabo de forma acelerada el acuerdo de exclusión cuando la norma exige que sólo a falta de acuerdo se designe experto independiente sin que exista un solo indicio que permita sostener que la sociedad haya tenido voluntad de acordar el valor de las participaciones. Que la mejor prueba de lo anterior es que en la junta general y sin solución de continuidad se acordó, tras el acuerdo de expulsión, la solicitud de

designación de experto por el Registro Mercantil. 4.º Que dicho acuerdo no se encontraba en el orden del día de la junta (con cita de sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de esta Dirección).

III

El registrador mercantil de Madrid n.º 13, don José María Méndez Castrillón dictó resolución en fecha 8 de marzo de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición afirmando la procedencia de nombramiento del experto solicitado.

IV

Don …., como administrador de Kiko y Tiger S.L., por escrito de fecha 4 de abril de 2018, que tuvo entrada el día 10 inmediato posterior, en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, en forma resumida, a los siguientes argumentos:«1.º Que el registrador mercantil no ha abordado adecuadamente la cuestión pues no se le ha solicitado que valore la conducta de las partes, lo que sólo compete al órgano jurisdiccional competente, sino que aprecie si se cumplen los requisitos formales del precepto, bastando la mera consulta al contenido del registro para verificar que Kiko y Tiger S.L. nunca ha sido administrador de la sociedad. 2.º Que así lo entiende la Dirección General (con cita de la resolución de 28 de noviembre de 2017 y de la de 13 de marzo de 2018). Que es claro que el registrador debe verificar si concurren los requisitos establecidos legalmente para proceder a la designación de experto. 3.º Que el problema central es determinar si concurren los requisitos legales. Que resulta con claridad que el artículo 350 de la Ley de Sociedades de Capital se refiere al socio administrador como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1994, así como de la de 26 de enero de 2006, en las que se confirma la exclusión como administrador del socio. Que así lo entiende también la doctrina que cita. 4.º Que se reitera que el socio no ha sido administrador, que solo lo ha sido José Luis Contreras Ortiz como persona física y no representante de ninguna persona jurídica. Que además fue cesado el día 11 de junio de 2015 cuando ya había sido sobreseída la querella por administración desleal como quedó justificado con el escrito de oposición.

V

A solicitud de esta Dirección General el administrador de la sociedad Kiko y Tiger S.L. aclara, mediante escrito de fecha 14 de mayo de 2018, que tuvo entrada en el Registro de entrada del Ministerio de Justicia el día 21 de mayo posterior, que la sociedad que representa no ha llevado a cabo la impugnación judicial del acuerdo de exclusión adoptado por la sociedad en fecha 10 de octubre de 2017, ratificándose en el resto de alegaciones que ha llevado a cabo y constan en el expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 350, 352 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. Acordada en junta general de una sociedad de responsabilidad limitada la exclusión de un socio que ostenta una participación del 0.83%, se solicita por la propia sociedad, al amparo de lo previsto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, la designación de un experto que determine el valor razonable de la participación del excluido. La sociedad ampara su decisión de exclusión en que el socio ha infringido la prohibición de competencia con la sociedad.

El socio se opone, entre otros motivos, por considerar que no concurre la causa legal prevista en el artículo 350 de la Ley de Sociedades de Capital habida cuenta de que no ha ostentado el cargo de administrador en momento alguno.

La adecuada respuesta a la cuestión planteada exige responder en primer lugar a la cuestión de si la concurrencia de la causa legal prevista puede ser apreciada por el registrador en el expediente abierto y por esta Dirección en alzada.

Al respecto, tiene declarado este Centro Directivo *(vide* las recientes resoluciones de 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017), 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 sociedad o 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 de la sociedad o 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 (artículo 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 (artículo 346 y 347 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (artículos 169 y 171), ya para reducir el capital social (artículos 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 (artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 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).

2. Ahora bien, el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, 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 que excedan de dicho objeto. 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 (artículo 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).

3. Establecido lo anterior y como ha puesto de relieve nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 314/2015 de 12 junio: «El derecho de exclusión es un mecanismo de protección del interés de la mayoría frente a la conducta de determinados socios que incumplan las obligaciones derivadas de su pertenencia a la sociedad (la obligación de realizar prestaciones accesorias), así como al socio administrador (que infrinja la obligación de competencia o hubiere sido condenado por sentencia firma a indemnizar a la sociedad). Junto a las causas legales de exclusión de socios, inderogables, los estatutos de la sociedad pueden ampliar el número de causas, bien porque se pactaron en la fundación de la sociedad, bien porque se incorporaron a los estatutos con el consentimiento de todos (art. 351 LSC).»

La misma sentencia pone de relieve que: «…tratándose el artículo 98 LSRL (RCL 1995, 953) (actualmente art. 350 LSC) de una norma de carácter represivo, no caben interpretaciones extensivas de la misma…»

4. A la luz de las consideraciones anteriores resulta claramente que el recurso debe ser estimado por cuanto la causa legal esgrimida por la sociedad como fundamento para excluir al socio no se corresponde con ninguna de las previstas en nuestro ordenamiento. Dice así el artículo 350 de la Ley de Sociedades de Capital: «La sociedad de responsabilidad limitada podrá excluir al socio que incumpla voluntariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias, así como al socio administrador que infrinja la prohibición de competencia o hubiera sido condenado por sentencia firme a indemnizar a la sociedad los daños y perjuicios causados por actos contrarios a esta Ley o a los estatutos o realizados sin la debida diligencia.»

De la simple lectura del precepto resulta que sólo el socio administrador puede ser excluido por vulneración de la prohibición de competencia, precepto que por ser de interpretación estricta (artículo 4.2 del Código Civil), y como ha señalado nuestro Tribunal Supremo, no permite una interpretación extensiva. En consecuencia no es aplicable a supuestos distintos a los estrictamente contemplados como sería el de socio no administrador.

La apreciación de si existe un motivo legalmente justificado para que proceda el levantamiento del velo en los términos que resultan del desarrollo de la junta general que ha dado lugar a la presente, exceden por completo del ámbito de este expediente que, como ha quedado debidamente expuesto, viene limitado a los estrictos términos del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital sin perjuicio de que quien considere que su posición jurídica no está debidamente protegida acuda a los Tribunales de Justicia.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 13, don José María Méndez Castrillón.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 29 de mayo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 30 de mayo de 2018

En el expediente 66/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bingos Unidos, S.A.».

HECHOS

I

Don …. presenta escrito de fecha 27 de marzo de 2018, dirigido al registro mercantil de Zaragoza, 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 la mercantil «Bingos Unidos, S.A. (titular del 10,04 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 3 de abril de 2018, que es recibida el día 6 del mismo mes en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 6 de abril presentado el día 12 del mismo mes.

En dicho escrito se alega que «examinado el Libro de Registro de Socios de la mercantil, don …. no es accionista de la sociedad, al no ser titular de acción alguna representativa del capital social de la citada mercantil». Expone que el solicitante adquirió las acciones de la mercantil el 24 de diciembre de 2003 por título de compraventa cuyo precio quedó íntegramente aplazado constituyéndose como garantía de tal aplazamiento una condición resolutoria en caso de falta de pago de tres anualidades consecutivas, condición que manifiesta se cumplió quedando por tanto resuelta la compraventa, lo que se acredita «mediante burofax informativo de la resolución de la compraventa de 14 de febrero de 2018 entregado el día 19 del mismo mes» por los socios de la sociedad al solicitante.

III

El registrador mercantil de Zaragoza, don Joaquín José Oria Almudí dictó resolución de fecha 18 de abril de 2018 por la que acordó proceder a «la solicitud de nombramiento de auditor para las cuentas anuales de 2017 de la compañía mercantil «Bingos Unidos S.A.», a petición de don…»

IV

Don …., administrador único de la mercantil «Bingos Unidos S.A.», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 18 de abril, alegando que «la resolución de la compraventa de acciones mediante burofax comunicada por el vendedor al comprador no ha sido objeto de impugnación judicial por éste. Media por tanto en el presente supuesto un claro allanamiento por parte de don …., motivo que fundamenta la existencia de una resolución extrajudicial de la compraventa de las 251 acciones representativas del capital social.»

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. Se plantea en el presente expediente la legitimidad para solicitar el nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario cuando el instante ha acreditado la adquisición de las acciones de la mercantil que representan más del 5% del capital social, mientras que el recurrente alega su falta de tal legitimidad, ya que las mismas se adquirieron por título de compraventa cuyo precio quedó íntegramente aplazado y garantizado con condición resolutoria por falta de pago de tres anualidades.

2. Efectivamente, el título de adquisición ha quedado debidamente acreditado mediante la incorporación al expediente de la copia de la escritura de compraventa otorgada el 24 de diciembre de 2003 ante don Juan Carlos Villamuza Rodríguez, Notario de Venta de Baños. Cuestión distinta es la pretensión de la recurrente de entender acreditada la resolución de la misma mediante la simple incorporación de un burofax remitido por los vendedores a don …. en el que «le comunica la resolución de la compraventa de las acciones y participaciones sociales previamente identificada, desde el impago consecutivo de la tercera anualidad».

Dicha pretensión no puede ser apreciada. La mera reclamación de una cantidad no legitima a quien ha sido socio a ejercer unos derechos que fueron transferidos junto a la titularidad de las acciones y cuyo ejercicio corresponde al comprador, hoy accionista (artículos 93 y 106.2 de la Ley de Sociedades de

Capital). Es cierto que en el contrato que se aporta al expediente consta pacto de condición resolutoria pero, a falta de consentimiento de ambas partes, hasta que no exista una resolución judicial firme de la que resulte que, como consecuencia de la restitución de prestaciones, la entonces vendedora ha recuperado el dominio de las acciones vendidas *(vide* artículo 1124 del Código Civil), corresponde a quien ostenta jurídicamente la condición de titular y la condición de socio, el ejercicio de los derechos a ellas inherentes.

3. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 27 de marzo de 2018 así como su título de adquisición de las acciones de la mercantil «Bingos Unidos S.A.», sin que el burofax remitido por el vendedor al comprador pueda entenderse como una resolución de la venta, sin constar el consentimiento del propio comprador o resolución judicial firme en tal sentido.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Zaragoza, don Joaquín José Oria Almudí, de fecha 18 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Zaragoza.

Resolución de 31 de mayo de 2018 (1.ª)

En el expediente 61/2018 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Wallapop, S.L.».

HECHOS

I

Por resolución de fecha 4 de mayo de 2018, con entrada en este Ministerio el mismo día 4 de mayo, el registrador mercantil de Barcelona III, don Guillermo Herrero Moro, 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 2017 de la sociedad «Wallapop, 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 9 de abril de 2018, formulada por don …., en su condición de consejero delegado de la sociedad «Wallapop, S.L.», que tuvo su entrada en el registro mercantil de Barcelona con fecha 26 del mismo mes de abril, así como la resolución de fecha 4 de mayo de 2018 del registrador mercantil de Barcelona III, don Guillermo Herrero Moro, 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 9 de abril de 2018, formulada por don …., en su condición de consejero delegado de la sociedad, y según manifiesta el interesado, resulta, en esencia, que:

1.º Las cuentas anuales de la sociedad vienen siendo auditadas de forma voluntaria por «BDO Auditores, S.L.P.» desde el ejercicio 2013, tal y como consta en las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil correspondientes a los ejercicios 2013,2014 y 2015.

2.º Las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2016, que han sido presentadas y están pendientes de ser depositadas, han sido igualmente auditadas de forma voluntaria por la antes citada «BDO Auditores, S.L.P.».

3.º Al tratarse de auditorías voluntarias, ni la junta general de socios de la sociedad nombró formalmente a «BDO Auditores, S.L.P.» como auditores para la revisión de sus cuentas anuales de los ejercicios 2013 a 2016, ni la sociedad hizo constar el nombramiento de «BDO Auditores, S.L.P.» como auditores de la sociedad en el registro mercantil para esos ejercicios.

4.º Al cierre tanto del ejercicio 2016 como del 2017 la sociedad superó dos de los umbrales establecidos en el artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital y, en consecuencia, las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017 deberán ser obligatoriamente auditadas.

5.º La sociedad no ha advertido esta circunstancia hasta la fecha de la presente solicitud y, como cada año, «BDO Auditores, S.L.P.» ha preparado ya el informe de auditoría relativo a las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017, con lo que el nombramiento de un nuevo auditor duplicaría el coste.

6.º En virtud de lo anterior, en atención a las especiales circunstancias de la sociedad en relación con la necesidad de nombramiento de un auditor para el ejercicio 2017, solicita el interesado que se proceda al nombramiento de la sociedad «BDO Auditores, S.L.P.», con inscripción en el ROAC número S1273, como auditor de las cuentas anuales individuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017.

Acompaña el interesado con su solicitud los documentos que estima pertinentes.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona III, don Guillermo Herrero Moro, resolvió con fecha 4 de mayo de 2018 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 2017 de la sociedad en cuestión concurriendo las siguientes circunstancias excepcionales previstas en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil:

1.º Concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo.

2.º La sociedad a que se refiere la solicitud cuenta con que el trabajo de auditoría, y consiguiente informe relativo al ejercicio 2017, ya ha sido realizado por la firma de auditoría «BDO Auditores, S.L.P.», por lo que también motivos económicos favorecerían esta solución.

3.º La auditoría voluntaria de las cuentas anuales de la sociedad peticionaria de los ejercicios 2013 a 2016 ha sido realizada por la firma auditora «BDO Auditores, S.L.P.», lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante.

4.º La auditoría voluntaria de las cuentas anuales de la sociedad del grupo de la peticionaria –«Wallapop Spain, S.L.»–, de los ejercicios 2013 a 2016 ha sido realizada también por la firma auditora «BDO Auditores, 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 regu-

lación. 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 III, don Guillermo Herrero Moro, resolvió con fecha 4 de mayo de 2018 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 III, don Guillermo Herrero Moro, de fecha 4 de mayo de 2018, 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 2017 sea hecha por la misma auditora que ha llevado a cabo la auditoría voluntaria de las cuentas anuales de los ejercicios 2013 a 2016, que, además, es la misma auditora que ha verificado la auditoría voluntaria de las cuentas anuales de la sociedad del grupo de la peticionaria, «Wallapop Spain, S.L.» de los ejercicios 2013 a 2016, lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante, ello unido a la concurrencia de presupuestos reveladores de volumen económico significativo, según resulta de la resolución registral en relación con los ejercicios 2013 a 2016.

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 «Wallapop, S.L.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registro mercantil de Barcelona III al nombramiento de la mercantil «BDO Auditores, S.L.P.», con inscripción en el ROAC número S1273, como auditor de las cuentas anuales individuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Barcelona III 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 Admi-

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

Madrid, 31 de mayo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 31 de mayo de 2018 (2.ª)

En el expediente 86/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Catering y Eventos Zamburiña, S.L.».

HECHOS

I

Don …. presentó escrito de fecha 13 de marzo de 2018 dirigido al registro mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 14 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 «Catering y Eventos Zamburiña, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de doña …., en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administradora única, de fecha 27 de marzo de 2018 alegando que el pago de honorarios del auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2017 supondría un grave quebranto económico para la sociedad.

III

El registrador mercantil de Madrid, don Francisco Javier Navia-Osorio García-Braga, dictó resolución de fecha 4 de abril de 2018, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

IV

Doña …., en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administradora única, por escrito de fecha 23 de abril de 2018, que tuvo entrada el día 18 de mayo del

mismo año en el registro mercantil Madrid, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición, añadiendo además que el solicitante ha tenido siempre a su disposición las cuentas de la sociedad y que conoce y que ha estado siempre en contacto directo con la gestoría encargada de realizar las cuentas sin haber nunca mostrado oposición, según manifiesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, por lo que se refiere a la alegación del supuesto conocimiento de la marcha de la sociedad por parte del solicitante al haber puesto la sociedad a disposición del socio la información solicitada, no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento de la marcha de la sociedad y de las cuentas de la misma *(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.* 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» (artículo 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio por el que se aprueba la Ley de Auditoría de Cuentas).

2. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad de modo que le supondría un grave que-

branto económico, 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 de quebranto económico que la petición comporta para la sociedad (artículo 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid V, don Francisco Javier Navia-Osorio García-Braga, dictada con fecha 4 de abril de 2018, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 mayo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 31 de mayo de 2018 (3.ª)

En el expediente 98/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Aparicio 5, S.L.».

HECHOS

I

Don …. presentó escrito de fecha 8 de marzo de 2018 dirigido al registro mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 23 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 «Aparicio 5, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de don …., en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administrador de la misma, de fecha 10 de abril de 2018, alegando, en esencia, que el derecho de información del socio minoritario está perfectamente garantizado, que el coste de la auditoría no va a poder ser asumido por la sociedad y, finalmente, que no consta que se haya dado cumplimiento a las previsiones del artículo 40 del Código de Comercio, exigiéndose al solicitante la provisión de fondos oportuna.

III

El registrador mercantil de Valencia I, don Rodolfo Bada Maño, dictó resolución de fecha 17 de abril de 2018, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

IV

Don …., en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administrador de la misma, por escrito de fecha 17 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día 25 de mayo del mismo año en el registro mercantil Valencia, interpuso recurso 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 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públi-

cas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, por lo que se refiere a la alegación de la posibilidad de conocimiento de la marcha de la sociedad por parte del solicitante, no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a dicha posibilidad del conocimiento de la marcha de la sociedad y de las cuentas de la misma por parte del solicitante *(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.* 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» (artículo 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio por el que se aprueba la Ley de Auditoría de Cuentas).

2. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico y perjuicio económico que la petición comporta para la sociedad de modo que le supondría un manifiesto perjuicio económico, 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 de perjuicio económico que la petición comporta para la sociedad (artículo 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. Por lo que se refiere al motivo relativo a que no consta que se haya dado cumplimiento a las previsiones del artículo 40 del Código de Comercio, exigiéndose al solicitante la provisión de fondos oportuna, 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 presentará 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 dere-

cho 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.

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

4. 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia I, don Rodolfo Bada Maño, dictó resolución de fecha 17 de abril de 2018, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 mayo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 31 de mayo de 2018 (4.ª)

En el expediente 99/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Plans, Event & Catering Spain, S.L.».

HECHOS

I

Don …. presentó escrito de fecha 13 de marzo de 2018 dirigido al registro mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 14 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 «Plans, Event & Catering Spain, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de doña …., en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administradora única, de fecha 27 de

marzo de 2018 alegando que el pago de honorarios del auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2017 supondría un grave quebranto económico para la sociedad.

III

El registrador mercantil de Madrid, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, dictó resolución de fecha 4 de abril de 2018, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

IV

Doña …., en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administradora única, por escrito de fecha 23 de abril de 2018, que tuvo entrada el día 18 de mayo del mismo año en el registro mercantil Madrid, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición, añadiendo además que el solicitante ha tenido siempre a su disposición las cuentas de la sociedad y que conoce y que ha estado siempre en contacto directo con la gestoría encargada de realizar las cuentas sin haber nunca mostrado oposición, según manifiesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, por lo que se refiere a la alegación del supuesto conocimiento de la marcha de la sociedad por parte del solicitante al haber puesto la sociedad a disposición del socio la información solicitada, no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento de la marcha de la sociedad y de las cuentas de la misma *(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.* 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» (artículo 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio por el que se aprueba la Ley de Auditoría de Cuentas).

2. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad de modo que le supondría un grave quebranto económico, 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 de quebranto económico que la petición comporta para la sociedad (artículo 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid V, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, dictada con fecha 4 de abril de 2018, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

Lo 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, 31 de mayo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 11 de junio de 2018 (1.ª)

En el expediente 64/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de una interesada de «Ramblas Hoteles, S.A.»

HECHOS

I

Doña C.L.C.G. presentó un escrito de fecha 29 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, 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 de más del 5% del capital social de «Ramblas Hoteles, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

La solicitante afirma ser titular en copropiedad con otra persona, que es el administrador único de la sociedad, del 90% del capital social en virtud de diversas sentencias firmes que le han reconocido tal condición copia de las que se acompaña ejemplar.

En contestación a oficio del registrador mercantil en solicitud de información añadida, la solicitante pone de relieve que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado le ampara en la solicitud de designación de auditor como titular de las acciones, que dicha solicitud no perjudica en modo alguno a la sociedad, que el otro consocio es el administrador único de la sociedad y responsable de formular las cuentas, que por tales motivos el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital no puede privarle de legitimación en pretensión de un acuerdo que no puede producirse entre los condueños que carecen de todo tipo de relación.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad, por medio de su administrador único, se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la legitimación alegada por la solicitante no es tal puesto que, aunque las sentencias aportadas reconocen el

derecho a heredar de la instante no ha existido ni aceptación ni adjudicación de bienes. El artículo 160 *(sic),* de la Ley de Sociedades de Capital regula la transmisión de acciones estableciendo que se procederá de acuerdo con las normas sobre cesión de créditos y otros derechos incorporales. Que no resulta acreditada ante la sociedad la transmisión. Que aunque a la solicitante, en el procedimiento judicial que se sigue de ejecución, se la tuvo por heredera con aceptación tácita no se la reconoce como propietaria de bienes concretos siendo así que el patrimonio a repartir es elevado y podría no llegar a ser titular de acción alguna de la sociedad. 2.º Que no se ha iniciado ningún proceso de partición de la herencia. 3.º Que los intentos de llevarla a cabo han sido infructuosos. 4.º Que la Audiencia Provincial de Tarragona no se pronunció por falta de competencia sobre la solicitud de la instante a que se hiciera constar su titularidad en el libro registro de acciones. 5.º Que en definitiva y por ahora, la solicitante carece de legitimación.

III

El registrador mercantil de Barcelona n.º 8, don Nicolás Nogales Colmenarejo dictó resolución en fecha 19 de marzo de 2018 por la que acordó admitir la oposición y desestimar el nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña C.L.C.G., por escrito de fecha 25 de abril de 2018, 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 los siguientes argumentos: 1.º Que no es objeto de discusión la cotitularidad sobre el 90% del capital social ni la ausencia de partición realizada ni la ausencia de designación de representante a los efectos del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que la cuestión no es sino si en dicha situación tiene la solicitante derecho a pedir la designación de auditor lo que ha sido resuelto favorablemente por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 13 de junio de 2013 (citando en el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 25 de enero de 2017 (AC2017/637). 3.º Que el administrador único de la sociedad y cotitular del 90% junto con la solicitante hace y deshace a su antojo celebrando inexistentes juntas universales que han sido debidamente impugnadas. Que la resolución impugnada no aplica el mismo criterio al administrador pues si la situación es de comunidad no ha podido ser válidamente nombrado ni ejercer los derechos de socio. Que la resolución permite perpetuar la situación de opacidad en la sociedad que se mantiene desde que hace años la solicitante iniciara las acciones legales para que se le reconociera su condición de heredera. Que siendo la finalidad del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital la sencillez y claridad en el ejercicio de los derechos del socio, no hay ejercicio de derechos políticos ni la sociedad puede verse perjudicada. Que la ley impide la opacidad y vela por la transparencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públi-

cas, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, 392 y siguientes del Código Civil y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones judiciales y de esta Dirección General de los Registros y del Notariado citadas en el texto.

1. La única cuestión que se plantea en este expediente hace referencia a si concurre legitimación en la solicitante en la que concurren las siguientes circunstancias que han quedado debidamente acreditadas.

a) La solicitante es heredera de un socio que ostentaba el 90% del capital social de la sociedad.
b) La solicitante es coheredera junto a otro hijo del socio que ostenta la condición de administrador de la sociedad.
c) La solicitante ha aceptado la herencia deferida que se encuentra sin partir.

2. Ante una situación como la descrita de herencia deferida, aceptada y no partida, esta Dirección General entendió tradicionalmente que acreditada por el solicitante su pertenencia a la comunidad hereditaria existente al fallecimiento del socio titular, debía considerarse legitimado para el ejercicio del derecho a la verificación contable del último ejercicio económico, dado que mediante su ejercicio están realizando un acto de gestión y administración de los bienes comunes.

La anterior doctrina de esta Dirección General afirmaba (siguiendo al Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de noviembre de 2004), que fallecido un socio y en tanto se llevase a cabo la partición, los coherederos tenían derecho al conjunto de la herencia pero no sobre bienes concretos como puedan ser las acciones o 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.

La configuración de la comunidad hereditaria como una especie de comunidad germánica en la que existe una cuota sobre el todo, pero no sobre cada bien integrante de la misma, permitía así entender que cualquiera de los cotitulares se encontraría en situación de ejercitar el derecho a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En definitiva, que bastaría con acreditar la condición de heredero para que, como miembro de la comunidad hereditaria titular de las acciones, se ostentase legitimación para solicitar la auditoría (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).

2. Posteriormente esta doctrina tradicional ha sido objeto de revisión por no existir causa fundada para aplicar a la comunidad hereditaria 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 del fallecimiento del socio titular y la consecuente existencia de una situación de cotitularidad hereditaria, 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 las anteriores consideraciones, 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 aquellos que constituyan la mayoría (artículo 398 del Código Civil), 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 los demás 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 la comunidad (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 en relación a una comunidad postganancial: «… 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. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las acciones de que era titular el socio fallecido se integran en la comunidad hereditaria constituida por la solicitante y el administrador de la sociedad por partes iguales.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería la desestimación 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, ni concurrir el consentimiento de todos los partícipes o, al menos, de los que constituyan una mayoría de cuotas.

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 n.º 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 situación de hecho que la sociedad no puede ignorar ni ignora y en la que, 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 uno de los comuneros ostenta el cargo de administrador 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.»

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 n.º 8, don Nicolás Nogales Colmenarejo de fecha 19 de marzo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 11 de junio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 11 de junio de 2018 (2.ª)

En el expediente 67/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Drofer, S.L.».

HECHOS

I

Don Héctor Sorribes Franch presenta escrito de fecha 28 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Tarragona, en el que tuvo su entrada el mismo 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 la mercantil «Drofer, S.L.» (titular del 16,66 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 3 de abril de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 6 del mismo mes, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 11 de abril presentado el mismo día, alegando que «no cabe nombrar un nuevo auditor, puesto que ya ha sido designado uno para realizar una auditoría voluntaria de las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017», acompañando carta de aceptación del nombramiento e instancia de presentación en el Registro Mercantil de Tarragona del nombramiento indicando.

III

El registrador mercantil de Tarragona, don Juan Enrique Ballester Colomer, dictó resolución de fecha 16 de abril de 2018 por la que acordó «resolver la procedencia del nombramiento solicitado en este expediente para el ejercicio 2017» puesto que «la existencia de auditoría no ha quedado garantizada mediante la incorporación al expediente de la copia de la inscripción del nombramiento de auditor practicada en el Registro Mercantil, ni se ha

puesto a disposición del solicitante el informe no éste ha quedado incorporado al presente expediente enervando así el derecho del socio».

IV

Don ….., administrador único de la mercantil «Drofer. S.L.» interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 16 de abril, alegando que «en el momento en el que el Registro Mercantil analizó la solicitud del socio minoritario, existía un auditor inscrito en el Registro Mercantil para el examen de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017. Y existía otro auditor nombrado para llevar a cabo dicho examen, cuya inscripción estaba pendiente del depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 y de la revocación del anterior auditor. Pero es que, a fecha de hoy, dicha revocación y nombramiento ya han sido inscritos, lo que deja sin objeto, aún más si cabe, la solicitud de nombramiento de auditor por parte del socio minoritario.» Se acompaña información del Registro Mercantil de Tarragona del que resulta la inscripción en fecha 8 de mayo de 2018 del auditor Bove Montero y Asociados S.L. para los ejercicios 2017 y 2018.

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.

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 resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 28 de marzo de 2018 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar historial registral de la sociedad que acredita el acuerdo de 18 de enero de 2018. Tal presentación fue objeto de la inscripción decimonovena de la hoja social de la mercantil Drofer S.L.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

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

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia de la presentación de la documentación en cuestión, y como resulta de los antecedentes de hecho, dicha presentación concluyó con la inscripción decimonovena de la hoja social practicada el 8 de mayo de 2018, por la que se procede a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2017. Por tanto, 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también 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 expediente, pero si tenemos en cuenta: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento del auditor nombrado por la sociedad que, por otra parte, había sido designado con anterioridad a la petición del socio minoritario; 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 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. No obstante, 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 Tarragona, don Juan Enrique Ballester Colomer, de fecha 16 de abril de 2018, por la que se procede al nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 junio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Tarragona.

Resolución de 11 de junio de 2018 (3.ª)

En el expediente 69/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Larrauri 2006, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 21 de febrero 2018, dirigido al registro mercantil de Vizcaya en el que tuvo su entrada el día 16 de marzo de 2018, 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 «Larrauri 2006, S.L».

II

Con fecha 16 de marzo de 2018 se dio traslado a la sociedad de la solicitud presentada constando como fecha de entrega el día 21 de marzo de 2018, habiendo transcurrido el plazo legal sin haber presentado oposición.

III

El registrador mercantil de Vizcaya III, don Carlos Alonso Olarra, dictó resolución con fecha 3 de abril de 2018 por la que acordó la improcedencia del nombramiento del auditor solicitado para el ejercicio 2015 por extemporáneo al haber transcurrido más de tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social conforme a lo dispuesto en los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don ….., por escrito de fecha 2 de mayo de 2018, que se presentó en el Registro Mercantil de Vizcaya el día 8 del mismo mes, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, entre otros motivos, que por error material e involuntario en la instancia de solicitud de nombramiento de auditor se refirió al ejercicio 2015, cuando en realidad y «por razones obvias se estaba solicitando el nombramiento de auditor para el ejercicio 2017».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 88, 112 y 119.1 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.

Considerando en fase de recurso que se ha cometido por el interesado error material en cuanto al ejercicio a que se refería su solicitud de nombramiento de auditor, siendo según manifiesta que se solicitaba para el ejercicio 2017 y no para ejercicio 2015, como se ha entendido por el registrador en su resolución, de conformidad con el artículo 119.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, procede la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido, esto es, al momento inicial de la solicitud, debiendo entenderse ésta referida al ejercicio 2017, y sin que se pertinente en este momento del procedimiento resolver sobre el fondo del recurso.

En su virtud, esta Dirección General acuerda la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido, en los términos antes señalados, y sin que sea pertinente en este punto del procedimiento resolver sobre el fondo del recurso.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 junio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Vizcaya.

Resolución de 11 de junio de 2018 (4.ª)

En el expediente 70/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Acha Baserri, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 21 de febrero 2018, dirigido al registro mercantil de Vizcaya en el que tuvo su entrada el día 16 de marzo de 2018, 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 «Acha Baserri, S.L».

II

Con fecha 16 de marzo de 2018 se dio traslado a la sociedad de la solicitud presentada constando como fecha de entrega el día 21 de marzo de 2018, habiendo transcurrido el plazo legal sin haber presentado oposición.

III

El registrador mercantil de Vizcaya III, don Carlos Alonso Olarra, dictó resolución con fecha 3 de abril de 2018 por la que acordó la improcedencia del nombramiento del auditor solicitado para el ejercicio 2015 por extemporáneo al haber transcurrido más de tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social conforme a lo dispuesto en los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don …..., por escrito de fecha 4 de mayo de 2018, que se presentó en el Registro Mercantil de Vizcaya el día 8 del mismo mes, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, entre otros motivos, que por error material e involuntario en la instancia de solicitud de nombramiento de auditor se refirió al ejercicio 2015, cuando en realidad y «por razones obvias se estaba solicitando el nombramiento de auditor para el ejercicio 2017».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 88, 112 y 119.1 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.

Considerando en fase de recurso que se ha cometido por el interesado error material en cuanto al ejercicio a que se refería su solicitud de nombramiento de auditor, siendo según manifiesta que se solicitaba para el ejercicio 2017 y no para ejercicio 2015, como se ha entendido por el registrador en su resolución, de conformidad con el artículo 119.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, procede la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido, esto es, al momento inicial de la solicitud, debiendo entenderse ésta referida al ejercicio 2017, y sin que se pertinente en este momento del procedimiento resolver sobre el fondo del recurso.

En su virtud, esta Dirección General acuerda la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido, en los términos antes señalados, y sin que sea pertinente en este punto del procedimiento resolver sobre el fondo del recurso.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 junio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Vizcaya.

Resolución de 11 de junio de 2018 (5.ª)

En el expediente 71/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Astarloa 2005, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 21 de febrero 2018, dirigido al registro mercantil de Vizcaya en el que tuvo su entrada el día 16 de marzo de 2018, 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 «Astarloa 2005, S.L».

II

Con fecha 16 de marzo de 2018 se dio traslado a la sociedad de la solicitud presentada constando como fecha de entrega el día 21 de marzo de 2018, habiendo transcurrido el plazo legal sin haber presentado oposición.

III

El registrador mercantil de Vizcaya III, don Carlos Alonso Olarra, dictó resolución con fecha 3 de abril de 2018 por la que acordó la improcedencia del nombramiento del auditor solicitado para el ejercicio 2015 por extemporáneo al haber transcurrido más de tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social conforme a lo dispuesto en los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don ….., por escrito de fecha 4 de mayo de 2018, que se presentó en el Registro Mercantil de Vizcaya el día 8 del mismo mes, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General, alegando, entre otros motivos, que por error material e involuntario en la instancia de solicitud de nombramiento de auditor se refirió al ejercicio 2015, cuando en realidad y «por razones obvias se estaba solicitando el nombramiento de auditor para el ejercicio 2017».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 88, 112 y 119.1 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.

Considerando en fase de recurso que se ha cometido por el interesado error material en cuanto al ejercicio a que se refería su solicitud de nombramiento de auditor, siendo según manifiesta que se solicitaba para el ejercicio 2017 y no para ejercicio 2015, como se ha entendido por el registrador en su resolución, de conformidad con el artículo 119.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, procede la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue

cometido, esto es, al momento inicial de la solicitud, debiendo entenderse ésta referida al ejercicio 2017, y sin que se pertinente en este momento del procedimiento resolver sobre el fondo del recurso.

En su virtud, esta Dirección General acuerda la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido, en los términos antes señalados, y sin que sea pertinente en este punto del procedimiento resolver sobre el fondo del recurso.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 junio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Vizcaya.

Resolución de 11 de junio de 2018 (6.ª)

En el expediente 72/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Férricos, S.A.»

HECHOS

I

Don F.J.N.L., doña R.M.N.L., don J.J.N.L. y don R.N.L., presentaron un escrito de fecha 10 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Vizcaya, en el que tuvo su entrada el día 23 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 de más del 5% del capital social de «Férricos, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

Basan su legitimación en que son titulares de 4/5, 1/5 cada uno de ellos, de un paquete de acciones por adjudicación en la herencia de su madre fallecida el día 13 de enero de 2017 y en virtud de la escritura de adjudicación hereditaria autorizada por el notario de Bilbao don Vicente María del Arenal Otro el día 28 de febrero de 2017. Se acompaña copia.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que los solicitantes carecen de legitimación por cuanto existe una situación de condominio sobre las acciones integrada por cinco personas siendo así que sólo cuatro han realizado la solicitud sin que se haya acreditado la designación de una persona para el ejercicio de los derechos de socio inherentes a las mismas. Que así resulta de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 13 de junio de 2013 y 4 de marzo de 2015 y de la sentencia de la Audiencia de Pontevedra, sección 1.ª, de 30 de septiembre de 2016 (434/2016). 2.º Que de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital y dado que la comunidad se constituyó de modo voluntario y dado que no se ha llevado a efecto el mandato del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, carecen de la debida legitimación.

III

El registrador mercantil de Bilbao n.º 3, don Carlos Alonso Olarra dictó resolución en fecha 12 de abril de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 4 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día 8 inmediato posterior 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 en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital resulta una regulación que es imperativa y de la que resulta un requisito de legitimación lo que exige una aplicación estricta. Que la resolución del registrador mercantil hace una aplicación de la resolución de 13 de junio de 2013 que no es la correcta ya que omite el último párrafo en el que se reconoce el derecho de la sociedad a resistirse al ejercicio del derecho. Que del tenor del artículo 126 resulta con total claridad que es preciso la designación de una sola persona siendo así que de la resolución impugnada resultan cuatro posibles representantes sin siquiera establecer unas mínimas normas u orden de ejercicio de la función. Que así lo confirma la sentencia de la Audiencia de Pontevedra a que se hizo referencia en el trámite de oposición. Que la interpretación del registrador conlleva la aceptación de una pluralidad de sujetos para el ejercicio del derecho en contravención frontal a lo que dice el precepto. Que siendo imperativo el contenido del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital no puede ampararse un cumplimiento que lo contradiga.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públi-

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

1. Como consecuencia de la sucesión de un socio fallecido y de las subsiguientes operaciones de partición hereditaria, un paquete accionarial se adjudica en proindiviso a cinco personas. Ahora, cuatro de ellas, como titulares de cuatro quintas partes de los intereses que corresponden a la comunidad solicitan del registrador mercantil la designación de auditor al de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

La sociedad se opone porque, a su juicio y ante una situación de comunidad ordinaria, el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital exige la designación de una sola persona para el ejercicio de los derechos correspondientes a las acciones, circunstancia que no se ha producido por lo que los instantes carecen de la debida legitimación.

2. Es doctrina de esta Dirección General que 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.

Esta doctrina es plenamente coincidente con la de nuestro Tribunal Supremo que en la reciente sentencia 383/2016 de 6 junio pone de manifiesto: «De forma que ante la falta de previsión normativa sobre esta cuestión en la regulación de la comunidad hereditaria, y las circunstancias del presente caso, ausencia de disposición testamentaria al respecto y falta de acuerdo entre los coherederos, la remisión correcta, dada la situación de comunidad, sea a las normas que rigen la comunidad de bienes, en concreto al artículo 398 del Código Civil, que establece para la administración de los bienes comunes el principio de las mayorías, entendido como el acuerdo que esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de intereses o mayor capital de la comunidad.»

En el mismo sentido son de ver las sentencias 434/2016 de 30 septiembre de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª) y la Sentencia número 223/2017 de 10 abril, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª).

De conformidad con las anteriores consideraciones, 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 aquellos que constituyan la mayoría (artículo 398 del Código Civil), 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).

3. Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho el recurso no puede prosperar pues del expediente resulta con toda claridad que los interesados que representan cuatro quintas partes de las acciones en situación de comunidad han instado del registrador mercantil la designación de auditor al amparo de la norma del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta Dirección General no desconoce la doctrina derivada de la sentencia 434/2016 de 30 septiembre de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª), pero entiende que la misma es perfectamente compatible con el contenido de la presente. Como resulta del contenido de la sentencia al interpretar el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital: «Este principio de unificación objetiva del ejercicio de los derechos de socio descansa en obvias exigencias prácticas de simplicidad y claridad en el ejercicio de tales derechos. La finalidad de la norma es la protección de la sociedad frente a las dificultades y perjuicios que, por aplicación de las reglas generales, podrían derivarse para ella de la existencia de una pluralidad de titulares de la propiedad o de otro derecho real sobre una participación. No se trata, pues, de regular las relaciones de los comuneros entre sí, sino, exclusivamente, las relaciones de los comuneros con la sociedad. La proposición primera del artículo 126 LSC persigue, por tanto, procurar en beneficio exclusivo de la sociedad, sencillez y claridad en el ejercicio de los derechos de socio.»

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado comparte, como no puede ser de otro modo, las aseveraciones de la sentencia en que fundamenta su argumentación la parte recurrente pues resulta patente la finalidad de que ante una situación de comunidad se trate de evitar, en beneficio de la sociedad, las disfunciones que acarrearía el ejercicio de los distintos derechos inherentes a la condición de socio (información, asistencia, voto, impugnación, dividendo, liquidación…), por cada uno de los miembros de la comunidad incluso quizás en sentido opuesto.

De aquí que se afirme en la misma resolución judicial la posibilidad que a la sociedad le cabe de oponerse al ejercicio de tales derechos en una forma distinta a la prevista en el citado artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

Ahora bien, establecido lo anterior resulta con claridad que no estamos ante tal supuesto de hecho. Como resulta de la dicción del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital estamos ante el ejercicio de un derecho que corresponde al socio en el ámbito de un procedimiento ante el registrador mercantil, no en el seno de la propia sociedad. Es dentro de este procedimiento, regulado en el Registro Mercantil, en el que se depura la legitimación del o de los solicitantes *(vide* artículos 351, 354.2 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil), en los términos que se han expuesto más arriba.

No hay pues posibilidad de que se produzca la hipótesis de un ejercicio desordenado del derecho en perjuicio de la sociedad a quien se le presenta una situación depurada (bien porque exista acreditado el nombramiento de un representante ex artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, bien porque exista acreditada la concurrencia de las mayorías previstas en el artículo 398 del Código Civil, bien porque exista acreditada la concurrencia de la totalidad de los intereses integrantes de la comunidad), y frente a la que puede ejercitar su derecho de oposición.

4. Tiene razón el recurrente cuando afirma que esta Dirección General ha afirmado reiteradamente que 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, así como en otras posteriores *(vide* las dos de 2 de junio de 2016 y las dos de 26 de mayo de 2017).

Ahora bien, el sentido de las resoluciones no es el que propone el recurrente sino precisamente poner de manifiesto que uno sólo de los partícipes en la comunidad carece de legitimación por si solo para acudir ante el registrador mercantil en solicitud de designación de un auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Por el contrario y como queda expuesto en las consideraciones anteriores esta Dirección General ha estimado la solicitud cuando se ha producido alguna de las circunstancias anteriormente referidas en aplicación de las reglas sobre la comunidad ordinaria y el artículo 126 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 Bilbao n.º 3, don Carlos Alonso Olarra de fecha 12 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 junio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Vizcaya.

Resolución de 11 de junio de 2018 (7.ª)

En el expediente 77/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Auxicón Nuevo Milenio, S.L.»

HECHOS

I

Don P.B.S., actuando en representación de la sociedad Aistercom S.L., presentó un escrito de fecha 10 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 16 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de «Auxicón Nuevo Milenio, 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 la sociedad celebró junta general el día 22 de junio de 2017 para, entre otros asuntos, decidir sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio 2016 y sobre la aplicación del resultado. Del acta de la junta correspondiente a la reunión resulta que estaba presente la totalidad del capital social. Resulta que en relación a la propuesta de distribución del resultado, la administración de la sociedad propuso que se destinase íntegramente a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores así como a reservas voluntarias y sin distribución de dividendo. Resulta del acta de la junta que el hoy solicitante votó en contra de la propuesta. De la documentación que acompaña resulta que durante el ejercicio 2016 se produjo un resultado positivo de 4343,95 euros. De la cuenta de pérdidas y ganancias aportadas por el solicitante resulta una cifra de importe neto de negocios de 1.086.628,32, una cifra de resultado del ejercicio de 4.343, 95 euros y una cifra en la partida «variación de existencias de productos en curso» de 54.796,71 euros.

b) Que el socio notificó a la sociedad mediante burofax en fecha 19 de julio de 2017 el ejercicio de su derecho de separación.

c) Que al no existir acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales se solicita del registrador mercantil la designación del experto a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital no resulta de aplicación resultando un ejercicio abusivo y contrario a la buena fe por parte del socio al carecer de justificación y por el efecto devastador a producir en la sociedad. Que hasta el 31 de diciembre de 2017 la gestión contable de la sociedad y la asesoría mercantil la ha ejercitado una sociedad participada por el socio que pretende ejercer el derecho de separación. Que desde el ejercicio 2012 las cuentas anuales son objeto de auditoría. 2.º Que en el resultado de la sociedad no cabe hablar de beneficios en sentido estricto pues es preciso interpretar el concepto «beneficio de explotación» de modo diferente al estrictamente contable. Que el ejercicio del derecho de separación exige atender a la activi-

dad ordinaria de la sociedad y a un resultado de cuantía significativa. Que en esta línea la reforma del precepto propone que los resultados que justifiquen la separación se hayan producido durante varios ejercicios. Que del concepto de beneficio deben excluirse los que no sean periódicos o recurrentes. Que en el ejercicio 2016, la partida «existencias de materiales y trabajos en curso» arroja un resultado de 65.657,42 euros cuando en ejercicios anteriores había sido de cero euros. Esta partida es propia de empresas dedicadas a la fabricación o producción que no es el caso. Que la cuantía de dicha partida asciende a casi el 20% del capital social y si se excluye la sociedad no ofrecería resultados positivos. 3.º Que las cuentas auditadas de los cinco ejercicios últimos reflejan las consecuencias de la crisis económica y las pérdidas acumuladas de diversos ejercicios. Que superado dicho contexto la sociedad ha presentado un resultado positivo que apenas llega al 1% del capital social. Que a lo anterior hay que sumar el hecho de que el patrimonio activo de la sociedad se encuentra en proindiviso con el socio que pretende la separación y cuya negativa a su enajenación o adquisición conlleva la paralización de la sociedad y ha provocado el ejercicio de una acción de división de cosa común. Que en estas circunstancias la separación del socio aboca irremediablemente a una disolución y liquidación de la sociedad.

III

El registrador mercantil de Madrid n.º 5, don Francisco Javier Nava Osorio dictó resolución en fecha 2 de abril de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver 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

Doña A.S.L., como letrada y en representación de la sociedad, por escrito de fecha 9 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día 11 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de

diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo y 9 de abril de 2018.

1. Constituye el objeto de la presente dilucidar si procede la designación de experto por el registrador mercantil al amparo de la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital habida cuenta de que la sociedad se opone por las causas que resultan de los hechos y que pueden resumirse de la siguiente manera: Que el ejercicio del derecho de separación resulta abusivo y contrario a las exigencias de la buena fe. Que la contabilidad de la sociedad ha estado encargada a otra sociedad participada por la que ahora se pretende separar. Que no existe propiamente beneficio por lo que no es aplicable el supuesto del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que el escaso beneficio obtenido y los efectos que pueden resultar abocan a la sociedad a su disolución y liquidación.

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 (artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (artículo 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (artículo 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 (artículo 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 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 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. Para la correcta contestación a las distintas cuestiones que se plantean por la sociedad recurrente es preciso, en primer lugar, poner de manifiesto cual es el objeto de la presente.

Esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones *(vide* resoluciones en materia de auditores de fechas 15 de julio y 19 de octubre de 2015, entre otras muchas), que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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).

En consecuencia, no procede que esta Dirección se pronuncie sobre aquellas cuestiones que escapan de su competencia y del ámbito en el que ha de enmarcarse el procedimiento de designación de experto independiente.

Así, no cabe un pronunciamiento sobre el posible abuso de derecho o el ejercicio contrario a la buena fe, como no es posible pronunciarse en el ámbito de este procedimiento sobre la circunstancia de quien haya sido el responsable de la contabilidad social. Tampoco se puede pronunciar esta Dirección sobre la circunstancia de que el patrimonio activo de la sociedad se encuentre en situación de proindiviso con la sociedad que ejercita el derecho de separación. Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente al limitarse el objeto de este expediente a determinar si concurren o no los requisitos para el ejercicio del derecho de separación.

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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales.

6. La sociedad alude a que el beneficio obtenido en realidad no obedece a una actividad ordinaria de la sociedad por lo que no se justifica el supuesto del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

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.

La sociedad alega en su escrito de oposición y posteriormente en el de recurso que el beneficio obtenido no obedece a la actividad típica de la empresa pero no lo justifica en modo alguno. Es cierto que afirma que la partida relativa a «existencia de materiales y trabajos en curso» cuya cuantía asciende a 54.796,73 euros (y no a 65.657,42 como recoge el escrito de recurso), no debe computarse pues a su juicio es una partida propia de empresas distintas, asciende a casi el 20% del capital social y porque si se excluye no existiría beneficio. De tales afirmaciones no cabe deducir, como pretende el recurrente, que no se den los requisitos establecidos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital en los términos interpretados por la sentencia de referencia. En primer lugar porque la sociedad no ofrece una explicación de porqué los resultado contabilizados en la partida que desea excluir no forman parte de la actividad típica de la sociedad. Se limita a afirmar que es una partida propia de otro tipo de empresas sin ofrecer motivo alguno que justifique su exclusión. En segundo lugar porque la cifra incluida en la partida que se desea excluir (54.796,73) carece de cuantía significativa en relación a la cifra neta de negocios (1.086.628,32), al suponer un 5,0428% aproximadamente. Finalmente, la sociedad no ha justificado en modo alguno que el beneficio obtenido provenga de operaciones no frecuentes en la actividad ordinaria de la empresa. En definitiva, la sociedad no ha justificado a satisfacción del registrador ni de esta Dirección General de los Registros y del Notariado la exclusión del supuesto de hecho a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital en los términos exigidos por la sentencia 81/2015 de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.ª), que fija el criterio para que así sea.

7. Es cierto, como pone de relieve la sociedad recurrente, que el beneficio obtenido por la sociedad es de escasa cuantía y que existe una propuesta de reforma del artículo 348 bis en que se toman en cuenta distintos parámetros a los que exige el precepto en la actualidad, pero ninguno de dichos argumentos puede ser estimado.

El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, como ha quedado expuesto, resulta de aplicación cuando concurren los distintos requisitos que su tenor recoge. Entre los requisitos se encuentra el de que se hayan obtenido «beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior», circunstancia que concurre en el supuesto de hecho, sin que la escasa cuantía del beneficio excluya la aplicación del precepto.

Por otro lado es evidente que la regulación aplicable es la vigente en el momento en que se ejercita el derecho de separación y que la existencia de una propuesta de reforma no desvirtúa lo anterior al no constituir derecho vigente *(vide* Resolución de 20 de septiembre de 2017).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 5, don Francisco Javier Nava Osorio de fecha 2 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 junio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 15 de junio de 2018

En el expediente 37/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Moldes Especiales Plaza, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., en nombre y representación de don ….. y don ….., presenta escrito de fecha 14 de febrero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Castellón, 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 la mercantil «Moldes Especiales Plaza, S.L.» (titulares del 14,28 y 19,05 % del mismo respectivamente), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 22 de febrero de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 5 de marzo, sin haber formulado oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El registrador mercantil de Castellón, don Manuel Alberto Gomis Segarra, dictó resolución de fecha 13 de marzo de 2018 por la que acordó «que procede al nombramiento solicitado, lo que se llevará a efecto cuando adquiera firmeza.»

IV

Don ….., administrador solidario de la mercantil «Moldes Especiales Plaza, S.L.», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 13 de marzo, alegando que «la misma es totalmente inútil y superflua al existir acuerdo del órgano de administración de la sociedad de fecha 22 de diciembre de 2017 por el cual se nombra a don Francisco Javier Felip Bardoll, Auditor de Cuentas, tal y como queda acreditado adjuntando dicho acuerdo, junto con la carta de encargo a dicho profesional».

V

Este Centro Directivo mediante resolución de 4 de mayo de 2018 y al amparo de lo previsto en el artículo 118 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas requiere a la mercantil para que justifique el hecho de haberse procedido a la inscripción en el registro mercantil o bien haberse entregado el informe de verificación contable a los socios solicitantes o bien para que se aporte el informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2017.

Don ….. y don ….. presentan escrito fechado el 25 de mayo en el que reiteran su solicitud.

VI

Don ….., administrador solidario de la mercantil, atiende al anterior requerimiento mediante escrito de fecha 1 de junio de 2018, presentado el día 4 del mismo mes, acreditando el traslado del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2017 a los socios solicitantes en fecha 1 de junio mediante burofax, según resulta de certificado de correos expedido el mismo día 1 por doña …..

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.

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 resulta por un lado que los socios minoritarios presentan su solicitud en el registro mercantil en fecha 20 de febrero de 2018 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar certificación del acuerdo de diciembre de 2017, así como escrito firmado el mismo día 22 de diciembre de 2017 por don Javier Felip Bardoll en el que certifica la aceptación del encargo.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

3. El recurso debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación del acuerdo, la aceptación del mismo, así como la puesta a disposición de los socios solicitantes del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2017. En este sentido conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si

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

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia del requerimiento realizado por este Centro Directivo, ha sido debidamente acreditada la puesta a disposición de los socios solicitantes del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2017. Por tanto, 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la estimación del recurso.

Por tanto debe concluirse que: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la puesta a disposición del informe realizado por el auditor nombrado por la sociedad que, por otra parte, había sido designado con anterioridad a la petición del socio minoritario; 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 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. No obstante, 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 Castellón, don Manuel Alberto Gomis Segarra, de fecha 13 de marzo de 2018, por la que resuelve proceder al nombramiento solicitado, al resultar acreditado la puesta a disposición de los solicitantes del referido informe.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 junio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Castellón.

Resolución de 20 de junio de 2018 (1.ª)

En el expediente 82/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Marlbi, S.A.»

HECHOS

I

Don P.V.M. presentó un escrito de fecha 22 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 16 de febrero 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 «Marlbi, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017. En la instancia alega ser titular de 51 acciones que representan el 24.7% del capital social en virtud de un título de donación.

Acompaña a su solicitud fotocopia de 26 títulos de acciones al portador, números 155 al 180, y copia del acta de protocolización de fecha 21 de abril de 2017 autorizada por el notario de Palma de Mallorca don Antonio Roca Araño. De dicha acta resulta la protocolización de un documento: acta de la junta general y universal de la sociedad en fecha 5 de abril de 2017. Resulta de este documento que está presente el solicitante como titular de 51 acciones, números 156 al 206. También resulta lo siguiente: «A pesar de los citados porcentajes, doña M.M.B tiene en depósito 154 acciones de las que 50 son propiedad de P.M. y P.V., de forma indistinta. Y estos últimos tienen las otras 52 acciones.»

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante es cotitular de 52 acciones de la sociedad junto con don P.M.V. siendo este último la persona designada para el ejercicio de los derechos de socio desde 2008. 2.º Que el solicitante aporta un acta de protocolización de acuerdos sociales cuyo contenido erróneo se les puso de manifiesto mediante burofax del que se acompaña copia. Que la composición accionarial de la sociedad ha permanecido invariable desde 2001. Que el solicitante no ha aportado el título de su adquisición y solo la fotocopia de 26 acciones. Que la sociedad está inactiva. Que no ha acreditado su legitimación pues estando el capital social representado por 206 acciones sólo ha justificado 26. Que la sociedad reconoce su copropiedad sobre 52 acciones si bien el designado para el ejercicio de los derechos del socio no es él.

Acompaña para justificar sus alegaciones los siguientes documentos:

a) Copia del acta de la junta de 21 de noviembre de 2008 de la que resulta que comparece don P.M.V actuando personalmente y en representación de don P.V.M. titulares proindiviso de 52 acciones (del 155 al 206).

b) Copia del acta de la junta de 30 de junio de 2010 en la que comparece don P.M.V., actuando personalmente.

c) Copia del acta de fecha 30 de junio de 2011 en la que comparece don P.M.V., actuando personalmente.

d) Copia del acta de fecha 30 de junio de 2012 en la que comparece don P.M.V., actuando personalmente.

e) Copia del acta de fecha 30 de junio de 2014 en la que comparece don P.M.V., actuando personalmente.

f) Copia del acta de fecha 30 de junio de 2015 en la que comparece don P.M.V., actuando en representación de otros que representan el 24,242% del capital social.

III

A la luz de los anteriores hechos el registrador mercantil requiere de la sociedad copia del libro registro de acciones y del solicitante que aporte la escritura de donación o, en su caso, que justifique que es la persona designada para el ejercicio de los derechos del socio o, en su defecto, que acompañe solicitud firmada por todos los cotitulares.

La sociedad contesta al registrador en el sentido de que estando el capital dividido en acciones al portador no existe libro registro de socios sin perjuicio de que emite certificación sobre la titularidad de las acciones de acuerdo a la información de que dispone la sociedad.

IV

El registrador mercantil de Madrid n.º 5, don Francisco Javier Navarro Osorio dictó resolución en fecha 16 de abril de 2018 por la que acordó:

a) Inadmitir la oposición por cuanto siendo el sistema de administración de la sociedad el de dos administradores mancomunados no procede admitir la documentación de oposición firmada exclusivamente por uno de los dos designados.

b) Inadmitir la solicitud de designación de auditor por cuanto el solicitante, a pesar de haber sido requerido por el Registro Mercantil, no ha aportado la documentación que justifique su legitimación.

V

Don P.V.M., por escrito de fecha 15 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día 17 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 acompaña copia de la escritura pública de elevación a público del documento de liquidación de la cotitularidad de las acciones de fecha 1 de septiembre de 2001. 2.º Que acompaña copia del acta de manifestaciones otorgada al efecto de acreditar su titularidad. 3.º Que de las propias manifestaciones de la administradora se reconoce la titularidad de más del 5% del capital y resulta del acta de 21 de noviembre de 2008, del acta de fecha 30 de junio de 2010 y del acta de 30 de junio de 2005. 4.º Que si no había aportado antes dicha documentación es porque consideraba incuestionable su titularidad. 5.º Que la administración no ha acreditado que la representación de las acciones estuviera otorgada a uno u otro titular pues no existe cotitularidad desde el año 2001. 6.º Que mediante el acta de fecha 5 de abril de 2017 que se aportó junto a la solicitud ya se hizo constar la titularidad de más del 5%.

Acompaña a su escrito de recurso copia de la escritura de fecha 3 de mayo de 2018 en la que comparecen don P.L.M.V. y don P.V.M. manifestando ser titulares de 52 acciones al portador de la sociedad (números 155 al 180, sic), en virtud de donación realizada el día 5 de agosto de 2001. Que en virtud de documento privado suscrito el día 1 de septiembre de 2001 pusieron fin a la situación de indivisión protocolizando el documento privado. De dicho documento resulta que son cotitulares de 52 acciones y que ponen fin al condominio adjudicando 26 acciones a cada uno de ellos debidamente numeradas (del 155 al 180 se adjudican a don P.V.M. y del 181 al 206 a don P.M.V.).

Acompaña copia del acta de manifestaciones de fecha 6 de abril de 2018 en la que comparece el solicitante al efecto de manifestar que es titular de 26 acciones de la sociedad Marlbi S.A., número 155 al 180 copia de las cuales se protocolizan en el título.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 por quien afirma ser socio de la sociedad en un porcentaje del 24,7% la designación de auditor al amparo de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad le niega la legitimación por considerar que el solicitante es cotitular junto con otra persona, persona que es quien ha ejercido de representante de la comunidad al efecto de lo dispuesto en el artículo 126 de la propia Ley.

Tanto el solicitante en ejercicio de su derecho presenta documentación de respaldo de su solicitud (artículo 351.2 del Reglamento del Registro Mercantil), como la sociedad para rebatirla (artículo 354.2 del propio reglamento).

El registrador mercantil entiende que el solicitante no ha justificado debidamente su condición de socio en los términos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. En relación a la legitimación del solicitante y como ha reiterado esta Dirección *(vide* entre las más recientes resoluciones de 29 y 30 de julio y 12 de septiembre de 2014 y 16 de junio y 4 de julio de 2017), es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de 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 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.

3. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente el registrador mercantil considera que el solicitante no ha conseguido aportar documentación de la que resulte suficientemente acreditada su cualidad de socio y ello, a pesar de que inadmite la oposición de la sociedad sin que dicho aspecto de su resolución haya sido objeto de impugnación. Esta Dirección General considera por un lado que la actuación del registrador está plenamente justificada y, por otro, que la documentación aportada por la sociedad ha de servir de fundamento de la presente junto a la aportada por el solicitante.

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.

Esta Dirección General debe tener en cuenta la documentación aportada por la sociedad pues hace referencia a cuestiones de hecho decisivas para conseguir una resolución conforme a Derecho. Además es el propio solicitante y ahora recurrente el que la trae a colación en su escrito de recurso facultando plenamente a esta Dirección para fundamentarse en ella.

4. Establecido lo anterior el recurso no puede prosperar. Esta Dirección General respalda plenamente la resolución del registrador mercantil pues la muy confusa situación que resulta de la distinta documentación presentada y que forma parte del expediente así lo impide.

El solicitante aporta con su escrito de solicitud copia del acta de protocolización de fecha 21 de abril de 2017 y relativa al acta de la junta celebrada el día 5 de abril de 2017. De dicho documento resulta, como se hizo constar en los hechos, por un lado que el solicitante don P.V.M. representa el 24,7573% del capital social con 51 acciones y que don P.M.V representa otro 24,7573%, con otras 51 acciones, para inmediatamente afirmar lo siguiente: «A pesar de los citados porcentajes, doña M.M.B tiene en depósito 154 acciones de las que 50 son propiedad de P.M. y P.V., de forma indistinta. Y estos últimos tienen las otras 52 acciones».

Por su lado junto al escrito de recurso aporta una copia de la escritura de fecha 3 de mayo de 2018 en la que ambos señores don P.M.V. y don P.V.M. elevan a público un documento de liquidación de proindiviso sobre 52 acciones que lleva fecha 1 de septiembre de 2001 y que por carecer de fecha fehaciente no puede ser opuesto a terceros (artículo 1227 del Código Civil). En dicha escritura no resulta aportado al autorizante título alguno de adquisición.

A lo anterior se añade que el recurrente afirma que los documentos presentados por la sociedad junto a su escrito de oposición justifican su legitimación. Pero lo cierto es que dichos documentos son, como mínimo, tan confusos como los anteriores: Del acta de junta de fecha 30 de junio de 2008 resulta que está presente don P.M.V. que actúa personalmente y en representación del solicitante con un capital del 25.2427% y como cotitulares de 52 acciones. Del acta de 30 de junio de 2010 resulta la presencia de don P.M.V actuando personalmente y la actuación de doña M.M.B.H. en representación de accionistas pero sin que se especifique de quien ni qué porcentaje representa. Del acta de 30 de junio de 2011 resulta la presencia de don P.M.V. actuando personalmente. Del acta de 30 de junio de 2012 resulta lo mismo, así como del acta de fecha 30 de junio de 2014. Del acta de fecha 30 de junio de 2015

resulta la presencia de don P.M.V. en representación de otros que representan el 25.242% del capital social pero sin especificar quienes sean esos otros representados ni el porcentaje de cada uno de ellos.

Como resulta de los hechos expuestos el solicitante no ha conseguido justificar a satisfacción del registrador mercantil ni de esta Dirección la titularidad sobre las acciones en términos que permitan tenerla por indubitada. La ausencia de un título de adquisición, la ambigüedad sobre el carácter de la titularidad en proindiviso (que aparece en algunos documentos alegados por el propio recurrente), la imposibilidad de tener por cierta otra fecha de disolución del posible proindiviso que la de la escritura pública de 3 de mayo de 2018, la indeterminación en los porcentajes que resultan de las actas de junta aportadas… Es cierto que el recurrente trae al expediente copia de distintas acciones al portador de la sociedad en un porcentaje que superaría el umbral del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, pero dado que el mismo reconoce que le pertenecen en proindiviso y que la fecha de oposición del cese de indivisión es posterior a la de la presentación de su solicitud, resulta patente la inviabilidad de que sirvan de soporte a su solicitud.

En definitiva, del conjunto de documentos que obran en el expediente no resulta de forma indubitada la legitimación del solicitante haciendo imposible que en un procedimiento limitado como el presente, tanto en sus medios de prueba como en objeto de conocimiento, esta Dirección General pueda tener por indubitada una legitimación que ampare la solicitud de designación de auditor. Y sin perjuicio que quien entienda que su posición jurídica no está suficientemente amparada acuda a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, ejercite las acciones que considere oportunas (artículo 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 su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 5, don Francisco Javier Navarro Osorio de fecha 16 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 junio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 20 de junio de 2018 (2.ª)

En el expediente 92/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Boadella i Prunell, S.L.»

HECHOS

I

Doña J.P.M. presentó un escrito de fecha 27 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Girona, 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 «Boadella i Prunell, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad se encuentra en liquidación por lo que no está obligada a formular cuentas anuales sino un balance final. 2.º Que la junta acordó en fecha 10 de mayo de 2017 someter el balance final a auditoría por lo que ya existe un acuerdo de los socios al respecto. La solicitud va en contra de la soberana decisión de la junta general. 3.º Que la solicitante ha impugnado judicialmente el acuerdo aprobatorio de las cuentas de los ejercicios 2016 y anteriores. Por tanto, la base contable del ejercicio 2017 ha sido puesta en duda por lo que no tiene sentido realizar una auditoría. 4.º Que la sociedad carece de tesorería para atender los gastos de la auditoría.

III

El registrador mercantil de Gerona n.º 2, don Jaime Sansa Torres dictó resolución en fecha 25 de abril de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don J.R.F., actuando como letrado de la sociedad, por escrito de fecha 20 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día 22 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Gerona, 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 el ejercicio en fraude de ley y con abuso de derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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. Procede la desestimación del recurso pues ninguno de los motivos en que se fundamenta puede enervar el hecho de que la solicitante reúne los requisitos para que, de conformidad con la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, proceda la designación de auditor.

2. En primer lugar porque el hecho de que la sociedad se encuentre en fase de disolución y liquidación no es óbice para que la socia inste el procedimiento a que se refiere el citado precepto.

Como es doctrina reiterada de esta Dirección, de la regulación legal sobre las sociedades en estado de liquidación (artículos 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 (artículo 253 en relación al 386), a convocar junta para su aprobación (artículo 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 (artículo 279). Durante la fase liquidatoria de la sociedad, su personalidad jurídica subsiste hasta que se hayan cancelado en el Registro los asientos referentes a la sociedad extinguida e incluso más allá en tanto no se hayan extinguido el conjunto de sus relaciones jurídicas *(vid.* artículos 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 (artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital y resolución en materia de recursos gubernativos de fecha 12 de marzo de 2013), justifica que durante este periodo no exista impedimento legal alguno al nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La sociedad en el caso que nos ocupa no ha sido cancelada en el Registro y subsiste la posibilidad de su reactivación por lo que procede el nombramiento de auditor solicitado *(vid.* resoluciones de 9 de diciembre de 2005, 31 de octubre de 2006 y 9 de febrero de 2011, entre otras). 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, 18 de noviembre de 2013, 5 y 18 de julio de 2016 y 23 de marzo, 6 de abril, 4 y 19 de mayo de 2017.

La anterior doctrina no se ve afectada por la afirmación del recurrente de que la junta general de la sociedad adoptó el acuerdo de verificar el balance final de liquidación a que se refiere el artículo 390 de la Ley de Sociedades de Capital. Con independencia de que tal circunstancia no resulta del expediente, lo cierto es que no debe confundirse la labor de auditoría de las cuentas anuales de una sociedad (artículo 254 de la Ley de Sociedades de Capital), con la posible verificación de otros documentos contables. Expresamente así lo entiende el artículo 4 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas.

3. Resulta igualmente irrelevante para la resolución de este expediente el hecho de la solicitante haya impugnado los acuerdos de aprobación de las cuentas de ejercicios anteriores. Como resulta del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital la solicitud dirigida al registrador para que designe auditor de cuentas para la verificación de las cuentas del ejercicio anterior sólo requiere que el solicitante acredite el mínimo de porcentaje de capital que el precepto señala y que su solicitud se lleve a cabo en el plazo marcado. Si el solicitante acredita ser titular del interés legítimo que el precepto protege procede la designación de auditor.

Es cierto que esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado distintas circunstancias en que la inexistencia de dicho interés puede justificar el rechazo a su solicitud. Sin embargo, el hecho de que se hayan impugnado los acuerdos de aprobación de cuentas de ejercicios anteriores no es una de ellas al carecer de relevancia para el interés protegible.

Esta Dirección 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 la acreditación de existencia de acciones contra el socio o contra la sociedad sólo provoca 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.

4. Por último, tampoco puede afectar al contenido de la presente las afirmaciones del escrito de oposición y de recurso relativas a la falta de tesorería de la sociedad o al ejercicio abusivo o de mala fe del derecho por parte de la solicitante.

En cuanto a la primera cuestión, 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 (artículo 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.

Por lo que se refiere a la segunda 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 pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (artículo 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 (artículo 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 Gerona n.º 2, don Jaime Sansa Torres de fecha 25 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 junio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Gerona.

Resolución de 20 de junio de 2018 (3.ª)

En el expediente 101/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Atención al Mayor, S.L.»

HECHOS

I

Doña I.G.N. presentó un escrito de fecha 7 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 26 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Atención al Mayor, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que por parte de la solicitante no se aprobaron las cuentas de los ejercicios 2014 y 2015 a pesar de que se reformularon de acuerdo con los asesores de aquella. Que igualmente se han reformulado las del ejercicio 2016 tras entregar una serie de documentación a sus representantes. 2.º Que la solicitante ha podido constatar por medio de sus representantes que no tenía motivo para el rechazo de las cuentas ratificándose la sociedad en que las cuentas reflejan fielmente su estado patrimonial. 3.º Que la solicitante ya solicitó auditor para la verificación de las cuentas del ejercicio 2016 con el que la administración está trabajando a fin de poder cerrar el informe de auditoría. Que no se entiende la actitud de la socia que es plenamente consciente de la colaboración que se está prestando al auditor designado para aquel ejercicio. Que en definitiva, no procede la designación de auditor.

III

El registrador mercantil de Valencia n.º 7, don Miguel María Molina Castiella dictó resolución en fecha 17 de abril de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don V.C.C., como administrador de la sociedad, por escrito que tuvo entrada el 9 de mayo de 2018 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 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. Procede la desestimación del recurso pues ninguno de los motivos en que se fundamenta puede enervar el hecho de que la solicitante reúne los requisitos para que, de conformidad con la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, proceda la designación de auditor.

2. El recurrente considera que el hecho de que la sociedad esté colaborando con la representación de la solicitante o el hecho de que como consecuencia de dicha colaboración se hayan reformulado las cuentas hace innecesaria la designación del auditor solicitado.

Ninguno de dichos motivos puede merecer el amparo de esta Dirección General. Como resulta del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital la solicitud dirigida al registrador para que designe auditor de cuentas para la verificación de las cuentas del ejercicio anterior sólo requiere que el solicitante acredite el mínimo de porcentaje de capital que el precepto señala y que su solicitud se lleve a cabo en el plazo marcado. Si el solicitante acredita ser titular del interés legítimo que el precepto protege procede la designación de auditor a fin de satisfacer aquel: que se lleve a cabo por medio de un profesional independiente la verificación de las cuentas anuales «… a efectos 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.» (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas).

Es cierto que esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado distintas circunstancias en que la inexistencia de dicho interés puede justificar el rechazo a su solicitud. Sin embargo, el hecho de que se hayan reformulado las cuentas de ejercicios anteriores no es una de ellas al carecer de relevancia para el interés protegible que se ciñe a las cuentas del último ejercicio cerrado.

3. Tampoco es aceptable como causa de enervación el hecho de que la solicitante haya votado en contra de las cuentas reformuladas de ejercicios anteriores. El derecho de voto es un derecho individual del socio (artículo 93c de la Ley de Sociedades de Capital), que puede ejercer de manera soberana y sin que su ejercicio le cierre el camino al ejercicio de otros.

Por el mismo motivo resulta irrelevante que la socia solicitara y obtuviera la designación de auditor para el ejercicio anterior pues como resulta de la dicción del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital el derecho a solicitar la verificación contable respecto del último ejercicio cerrado se

reproduce al fin de cada uno de ellos y corresponde a cada uno de los socios que reúna los requisitos que en él se contemplan.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia n.º 7, don Miguel María Molina Castiella de fecha 17 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 junio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 21 de junio de 2018

En el expediente 84/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tecnoresiduos R3, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presenta escrito de fecha 22 de marzo de 2018, dirigido al registro mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 28 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 la mercantil «Tecnoresiduos R3, S.L» (titular del 45 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 6 de abril de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 10, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 13 de abril, presentado el mismo día, alegando que el solicitante don ….. es administrador mancomunado de la sociedad y tiene pleno acceso a las cuentas de la empresa. Añade «que la actuación del solicitante ha imposibilitado que la sociedad nombre un auditor… por no ostentar el abajo firmante la condición de administra-

dor único» con lo que concluye indicando que «la actuación del solicitante es de manifiesta mala fe y abuso del derecho, ya que no estamos ante un partícipe minoritario que no tiene acceso a las cuentas o cuyo acceso es difícil, sino que el solicitante es además miembro del órgano de administración, tiene acceso inmediato a toda la información que precise, ya que, es directamente responsable, junto con el abajo firmante, de todas las actuaciones que generan el estado patrimonial de la empresa. El ánimo del solicitante es generar gastos a la empresa y mantener la situación de bloqueo.»

Por último, concluye indicando que «actualmente la sociedad tiene cerrada su hoja en el Registro Mercantil por no depositar las cuentas de 2016, y ello se debe precisamente a que don ….. se ha negado a aprobar las cuentas del referido ejercicio, lo que ha llevado al abajo firmante a requerirle notarialmente en tal sentido y finalmente a intentar forzar la junta mediante al procedimiento de jurisdicción voluntaria».

III

El registrador mercantil de Madrid, don Alfonso Ventoso Escribano, dictó resolución de fecha 19 de abril de 2018 por la que acordó, al resultar de los archivos del registro que con fecha 27 de diciembre de 2017 se presentó documentación relativa al nombramiento de auditor de cuentas a instancia de la mercantil (entrada 1/2017/172077), siendo calificada tal entrada como defectuosa el día 8 de enero de 2018 y encontrarse vigente el asiento de presentación, resuelve «dejar en suspenso el nombramiento de auditor a instancia del socio durante el plazo de vigencia del asiento, procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado si durante ese periodo no se inscribe, se aporta el informe de auditoría correspondiente o se acredita fehacientemente la entrega de dicho informe al solicitante».

IV

Don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 19 de abril, reiterando que don ….. es administrador mancomunado de la sociedad y tiene pleno acceso a las cuentas de la empresa, que el mismo ha bloqueado la aprobación de las cuentas de 2016 forzando a don José Manuel Delgado López a acudir a un procedimiento de jurisdicción voluntaria, y que la actuación del solicitante es de manifiesta mala fe y abuso de derecho cuyo ánimo es generar gastos a empresa y mantener la situación de bloqueo.

V

Con fecha 22 de mayo de 2018 tiene entrada en este Centro Directivo oficio remitido por don Alfonso Ventoso Escribano, registrador mercantil de Madrid, en el que se hace constar que con fecha 14 de mayo se ha cancelado por caducidad el asiento por el que se dejó en suspenso la resolución del presente expediente.

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.

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 resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil con fecha 22 de marzo de 2018 y, por otro, que la sociedad con fecha 27 de diciembre de 2017 tiene presentada en el Registro Mercantil la documentación relativa al nombramiento de auditor voluntario. Dicho presentación fue calificada defectuoso el 8 de enero de 2018 y debidamente prorrogado el asiento de presentación, habiendo sido cancelado por caducidad el día 14 de mayo de 2018.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

En primer lugar, 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 llevar a cabo 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 procedería 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 debería 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 en un primer momento de interposición del recurso se produce en el supuesto de hecho, en el que resulta del expediente que se solicitó la inscripción del nombramiento de auditor voluntario, inscripción que de haberse practicado enervaría la solicitud del socio minoritario de acuerdo a la doctrina expuesta más arriba.

En este primer momento de interposición de recurso, 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 diciembre de 2017, causando el número de entrada 1/2017/172077, fue calificada como defectuosa el 8 de enero de 2018 encontrándose vigente. Por tanto, resulta la 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 procedería el pronunciamiento del registrador de acuerdo con el contenido del Registro.

En esta situación resultaría procedente la resolución del registrador mercantil recurrida de «dejar en suspenso el nombramiento de auditor durante el plazo de vigencia del asiento, procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado si durante ese periodo no se inscribe, se aporta el informe de auditoría correspondiente o se acredita fehacientemente la entrega de dicho informe al solicitante». Y, en consecuencia, y con arreglo a lo anterior, procedería ratificar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid don Alfonso Ventoso Escribano objeto del presente recurso.

4. No obstante lo anterior, ya en sede de recurso, y con fecha 22 de mayo de 2018 tiene entrada en esta Dirección General oficio remitido por don

Alfonso Ventoso Escribano, registrador mercantil de Madrid, en el que se hace constar que dicho asiento ha sido cancelado por caducidad al no haber sido subsanado. Dicha falta de subsanación conlleva que el derecho del socio minoritario a la verificación contable no ha sido debidamente enervado al no acreditarse el cumplimiento de las dos condiciones concurrentes: a) Que es anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantiza el derecho del socio al informe de auditoría por su incorporación al expediente en fecha 17 de abril de 2018.

En este sentido, resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger no 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas).

De conformidad con las consideraciones anteriores esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y proceder a la designación de auditor porque el interés del solicitante no ha quedado debidamente cumplimentado con la aportación del informe de verificación al expediente o mediante la inscripción del auditor designado a instancia de la sociedad.

5. Alega el recurrente la mala fe del solicitante al iniciar el presente expedienta, indicando que su ánimo es «generar gastos a la empresa y mantener la situación de bloqueo.» Este Centro Directivo se ha pronunciado de manera reiterada respecto la posible concurrencia de la mala fe o fraude de ley en la solicitud del instante, resultando 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 (artículo 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 (artículo 117

de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

6. En relación con la posible concurrencia de fraude de ley en la solicitud, es constante doctrina de este Centro Directivo 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 (artículos 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.

7. A continuación, alega el recurrente que debido a la actuación del solicitante, administrador mancomunado de la mercantil, se encuentra pendiente una junta convocada judicialmente. A tal extremo se ha referido también esta Dirección General, al indicar (RDGRN de 2 de marzo de 2011) que «el ejercicio de este derecho al nombramiento registral de auditor, en modo alguno puede estar condicionado a la convocatoria o celebración de la Junta General de la sociedad, sea convocada por los administradores o por resolución judi-

cial, dado que este derecho de auditoría reconocido a los socios minoritarios persigue verificar la llevanza ajustada o no a derecho de la contabilidad por parte de expertos independientes, y sólo está condicionado a que los solicitantes reúnan las circunstancias de capital y tiempo».

8. Por último, sostiene el recurrente que no procedería la designación pretendida ya que el solicitante ostenta el cargo de administrador mancomunado de la mercantil y tiene pleno acceso a las cuentas de la empresa. 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, y como resulta de los escritos de oposición y de recurso, en el supuesto de hecho que da lugar a la presente el socio solicitante es efectivamente administrador mancomunado de la sociedad durante el ejercicio cuya contabilidad solicitar auditar con lo que no procede estimar tal motivo de recurso.

9. En la misma línea, no es admisible la pretensión de la sociedad basada en que el socio que como administrador mancomunada 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* 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» (artículo 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 Alfonso Ventoso Escribano, de fecha 19 de abril de 2018, en los términos que resultan de la presente.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 junio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 2 de julio de 2018 (1.ª)

En el expediente 68/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inmobiliaria Puente Viesgo, S.L.»

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la mercantil «La Pontanilla S.A.», en su calidad de administrador solidario de la misma, presenta escrito de fecha 14 de marzo de 2018,

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 la mercantil «Inmobiliaria Puente Viesgo, S.L. (titular del 16 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 10 de abril de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 16, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 23 de abril presentado el mismo día alegando que «el 12 de marzo se designa firma auditora a Vhan y Cia Auditores S.L. comunicándose a los socios tal decisión a los oportunos efectos legales. Aceptado el cargo y cumplidas las formalidades, el 26 de 2018 se presenta a inscripción en el registro mercantil. El 8 de abril se comunica por el registro la imposibilidad de inscribir el nombramiento, entre otros defectos subsanables, por no haber sido acordado en junta general de accionistas».

III

El registrador mercantil de Madrid, don Luis María Stampa y Piñeiro dictó resolución en fecha 26 de abril de 2018 por la que acordó al encontrarse vigente el asiento de presentación mencionado «dejar en suspenso el nombramiento de auditor solicitado durante el plazo de vigencia del asiento, procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado si durante ese periodo no se inscribe, no se aporta el informe de auditoría correspondiente o no se acredita fehacientemente la entrega de dicho informe al solicitante».

IV

Don ….., en nombre y representación de la sociedad «La Pontanilla S.A.», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 26 de abril, alegando que «en este caso el socio minoritario solicitó el nombramiento el 15 de marzo de 2018, teniendo entrada en el Registro Mercantil el día 20, mientras que la fecha en que se acredita el nombramiento voluntario de auditor por el administrador es el 26 de marzo por mor de lo dispuesto en el artículo 1227 del Código Civil».

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.

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 resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil con fecha 15 de marzo de 2017 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar certificación del acuerdo de fecha 12 de marzo de 2018, así como la aceptación por parte de auditor designado para el ejercicio 2017 por escrito de fecha 16 de marzo.

La cuestión se traslada por tanto 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 26 de abril de 2018 resulta que la sociedad solicitó la inscripción del nombramiento de auditor en fecha 26 de marzo de 2018 (Asiento 1215 del Diario 2831, entrada 1/2018/46764), siendo calificada defectuosamente el día 4 de abril de 2018.

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 llevar a cabo 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 26 de marzo de 2018, causando el asiento de presentación 1215 del Libro Diario 2831, número de entrada 1/2018/46764, ha sido calificada como defectuosa el 4 de abril de 2018 encontrándose vigente. Por tanto, resulta la 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 resulta procedente la resolución del registrador mercantil recurrida de «dejar en suspenso el nombramiento de auditor durante el plazo de vigencia del asiento (Asiento 1215 del Diario 2831), procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado si durante ese periodo no se inscribe, se aporta el informe de auditoría correspondiente o se acredita fehacientemente la entrega de dicho informe al solicitante». Por tanto debe ratificarse la resolución del Registrador Mercantil de Madrid don Luis María Stampa y Piñeiro objeto del presente recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don Luis María Stampa y Piñeiro, de fecha 26 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 julio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 2 de julio de 2018 (2.ª)

En el expediente 87/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gusda, S.L.»

HECHOS

I

Don D.B.C presentó un escrito de fecha 27 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Valladolid, 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 «Gusda, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

Acompaña a su escrito copia de la escritura autorizada por el notario de Venta de Baños don Juan Carlos Villamuza Rodríguez en fecha 24 de diciembre de 2003, por la que don J.B.R y doña P.C.G., venden al ahora solicitante 387 participaciones sociales, junto con otros paquetes societarios, por un precio determinado que queda totalmente aplazado en veinte plazos anuales a satisfacer los días 23 de diciembre de cada año, siendo el primero el día 23 de diciembre de 2004. Se pacta que: «La falta de pago de tres anualidades consecutivas dará lugar a la resolución de la venta volviendo la titularidad de las acciones o participaciones a los vendedores.»

II

Trasladada por el Registro Mercantil la solicitud y la documentación que la acompaña, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que examinado el libro registro de socios el solicitante no es socio de la sociedad al no ser titular de participación alguna representativa del capital social. Que el comprador no satisfizo anualidad alguna de las que integraban el precio aplazado por lo que desde el impago de la tercera anualidad las partici-

paciones volvieron a los vendedores. Que han notificado mediante burofax de fecha 14 de febrero de 2018 al comprador la resolución de la compraventa de donde resulta que carece de la condición de socio. Se acompaña copia del burofax así como copia de la escritura de compraventa.

III

Trasladada la oposición al solicitante, presentó escrito de alegaciones en el que puso de manifiesto: Que el solicitante ha venido ejerciendo la condición de socio de la sociedad durante 15 años con independencia de la negativa de los vendedores a recibir importe alguno tras los numerosos ofrecimientos llevados a cabo. Que la sociedad omite que con anterioridad al burofax a que se refiere el escrito de oposición, el solicitante había hecho expreso ofrecimiento de pago mediante acta autorizada por el notario de Valladolid don Javier Gómez Martínez el día 14 de febrero de 2018. Que también se omite la contestación al citado burofax en la que se puso de relieve cómo se había venido ejerciendo la condición de socio con pleno conocimiento y anuencia de los vendedores y cómo se llevó a cabo el ofrecimiento de pago y en el que se hace constar el total y absoluto rechazo a la resolución contractual reiterando el ofrecimiento de pago. Acompaña copia del acta notarial de ofrecimiento de pago así como de la contestación al reiterado burofax.

IV

La registradora mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz dictó resolución en fecha 4 de mayo de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado. Fundamenta su decisión en el hecho de que, de conformidad con la previsión del artículo 1124 del Código Civil, no existiendo resolución judicial ni habiéndose acreditado la existencia de un procedimiento judicial, la resolución extrajudicial unilateral no produce efectos.

V

Don J.C.R., actuando como apoderado de la sociedad, por escrito de fecha 21 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Valladolid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: Que el burofax por el que se notifica al comprador la resolución contractual no ha sido objeto de impugnación judicial por el comprador lo que supone un claro allanamiento y la existencia de una resolución extrajudicial ex artículo 1124 del Código Civil. Que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (con cita de sentencias), sólo cuando la resolución extrajudicial es contradicha por la otra parte serán los tribunales los que resuelvan si la resolución es o no ajustada a Derecho, de modo que cuando el comprador se allana a la resolución se produce de modo automático ya se haya ejercitado judicial ya extrajudicialmente. Que, en definitiva, habiéndose aquietado el comprador a la resolución del contrato de compraventa opera de forma automática pues no habiendo impugnado judicialmente la resolución su anuencia e inacción judicial se erigen en consentimiento de la resolución extrajudicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 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 (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, entre otras muchas).

2. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente son hechos que resultan de la documentación aportada:

a) Que en fecha 24 de diciembre de 2003 el hoy solicitante adquirió un conjunto de participaciones en la sociedad suficientes para el ejercicio del derecho a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. En la escritura pública se pactó que el precio íntegramente aplazado habría de ser satisfecho en determinados plazos y que el incumplimiento de la obligación de pago de tres de los plazos produciría la resolución del contrato.

b) Que la parte vendedora ha requerido de resolución a la parte compradora mediante burofax de fecha 14 de febrero de 2018, requerimiento que ha sido objeto de contestación por parte de la parte compradora afirmando que se opone de forma expresa y rotunda a la resolución contractual, haciendo ofrecimiento de pago.

3. El recurso no puede prosperar. En nuestro ordenamiento jurídico, perfeccionado un contrato despliega todos sus efectos obligando a las partes al cumplimiento de sus respectivas prestaciones (artículo 1258 del Código Civil). Tratándose de un contrato de compraventa de cosa mueble la propiedad se transmite con su entrega o, como ocurre en el supuesto de hecho, con

la autorización de la escritura pública a que se refiere el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el 120 y con el artículo 1462 del Código Civil. Los efectos traditorios del contrato de compraventa se producen aun cuando el comprador no haya llevado a cabo su prestación sin perjuicio de la acción de cumplimiento y de la facultad resolutoria a que se refiere el artículo 1124 del Código Civil.

Por lo que se refiere a esta última, su ejercicio está sujeto a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes. Como ha señalado la jurisprudencia, el ejercicio extrajudicial de la facultad de resolución implica la práctica de una notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, así como que el adquirente requerido no se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento grave (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero y 16 de marzo de 1995, entre otras).

4. Como resulta de los hechos el socio hoy solicitante ha hecho constar su oposición a la pretensión de la parte vendedora de tener por resuelta la compraventa que en su día se llevó a efecto por lo que su posición jurídica no puede quedar alterada por una declaración unilateral de la parte vendedora. Si esta considera que existe causa jurídica para que se haya producido la resolución contractual deberá acreditarlo así en el procedimiento judicial oportuno en el que, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba, alegue lo que estime oportuno en defensa de su posición jurídica. Y todo ello sin necesidad de prejuzgar cómo habrían de computarse los efectos de la resolución que en su día pudieran ser objeto de declaración judicial.

No cabe en definitiva y en el limitado ámbito de este expediente tener por allanada a la parte compradora ni por aquietada a la pretensión de resolución de la parte compradora sin producir una severa limitación de su derecho de defensa. Resultando del expediente su oposición a la resolución del contrato en que se fundamenta su derecho procede el mantenimiento de dicha posición jurídica mientras no se acredite su modificación bien por la prestación de su consentimiento bien porque así lo declare una resolución judicial firme (artículo 1124 del Código Civil).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz de fecha 4 de mayo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 julio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Valladolid.

Resolución de 2 de julio de 2018 (3.ª)

En el expediente 88/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Triturados la Mota, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….., en nombre y representación de la mercantil Construcciones M.J., S.A., en liquidación, como liquidadores mancomunados de la misma, presentan escrito de fecha 23 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Cuenca, en el que tuvo su entrada el día 2 de abril, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5% del capital social de la mercantil «Triturados la Mota, S.A.» (titular del 33,34 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 5 de abril de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 10 del mismo mes, formulando oposición en el plazo legalmente previsto por escrito de fecha 12 de abril que es presentado el día 16 en la oficina de correos de Alcázar de San Juan. En la misma sostiene la sociedad que «ya cuenta con una auditoría de cuentas, siendo esta la mercantil Audit Prodess S.L.U.». Continúa estableciendo que «actualmente dicha entidad auditora se encuentra preparando el informe de las cuentas correspondientes al ejercicio 2017, por lo que no procede nombrar un nuevo auditor.» Se acompañan los informes de auditoría correspondientes a los ejercicios 2015 y 2016.

III

El registrador mercantil de Cuenca, don Manuel Alonso Ureba, dictó resolución de fecha 24 de abril de 2018 por la que acordó «se procede a nombrar por este Registro auditor de cuentas a petición de socio minoritario.»

IV

Don ….., administrador único de la mercantil «Triturados la Mota, S.A.» interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 24 de abril, alegando que «el nombramiento de auditor se llevó a cabo en fecha 18 de noviembre de 2015, es decir, con anterioridad a la solicitud formulada» y que «el informe se entregó a los minoritarios y además se adjuntó a ese registro para constancia en el expediente». Se acompaña escrito de fecha 21 de diciembre de 2015 en el que don ….. en nombre y representación de la sociedad auditora Audit Process, S.L. acepta el encargo para auditar las cuentas correspondientes a los ejercicios 2015, 2016 y 2017 de la sociedad Triturados la Mota, S.A.; así como copia del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 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.

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 resulta por un lado que los socios minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 2 de abril de 2018 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar escrito firmado el día 21 de diciembre de 2015 por don ….., en nombre y representación de Audit Process, S.L., en el que certifica la aceptación del encargo de auditoría para los ejercicios 2015, 2016 y 2017.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

3. El recurso debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la aceptación del encargo, así como la puesta a disposición de los socios solicitantes del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2017. En este sentido conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario que, de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, en sede de recurso, ha sido debidamente acreditada la puesta a disposición de los socios solicitantes del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2017. Por tanto, 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la estimación del recurso.

Por tanto, debe concluirse que: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la puesta a disposición del informe realizado por el auditor nombrado por la sociedad que, por otra parte, había sido designado con anterioridad a la petición del socio minoritario; 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 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. No obstante, 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 Cuenca, don Manuel Alonso Ureba, de fecha 24 de abril de 2018, por la que resuelve proceder al nombramiento solicitado, al resultar acreditado la puesta a disposición de los solicitantes del referido informe.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 julio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Cuenca.

Resolución de 2 de julio de 2018 (4.ª)

En el expediente 90/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Juegos Recreativos de Azar, S.A.»

HECHOS

I

Don D.B.C presentó un escrito de fecha 28 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Valladolid, 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 «Juegos Recreativos de Azar, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

Acompaña a su escrito copia de la escritura autorizada por el notario de Venta de Baños don Juan Carlos Villamuza Rodríguez en fecha 24 de diciembre de 2003, por la que don J.B.R (y doña P.C.G. en relación a alguno de ellos), vende al ahora solicitante 540 acciones, junto con otros paquetes societarios, por un precio determinado que queda totalmente aplazado en veinte plazos anuales a satisfacer los días 23 de diciembre de cada año, siendo el primero el día 23 de diciembre de 2004. Se pacta que: «La falta de pago de tres anualidades consecutivas dará lugar a la resolución de la venta volviendo la titularidad de las acciones o participaciones a los vendedores.»

II

Trasladada por el Registro Mercantil la solicitud y la documentación que la acompaña, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que examinado el libro registro de socios el solicitante no es accionista de la sociedad al no ser titular de acción alguna representativa del capital social. Que el comprador no satisfizo anualidad alguna de las que integraban el precio aplazado por lo que desde el impago de la tercera anualidad las acciones volvieron al vendedor. Que ha notificado mediante burofax de fecha 14 de febrero de 2018 al comprador la resolución de la compraventa de donde resulta que carece de la condición de socio. Se acompaña copia del burofax, así como copia de la escritura de compraventa.

III

Trasladada la oposición al solicitante, presentó escrito de alegaciones en el que puso de manifiesto: Que el solicitante ha venido ejerciendo la condición de socio de la sociedad durante 15 años con independencia de la negativa de los vendedores a recibir importe alguno tras los numerosos ofrecimientos llevados a cabo. Que la sociedad omite que con anterioridad al burofax a que se refiere el escrito de oposición, el solicitante había hecho expreso ofrecimiento de pago mediante acta autorizada por el notario de Valladolid don Javier Gómez Martínez el día 14 de febrero de 2018. Que también se omite la contestación al citado burofax en la que se puso de relieve cómo se había venido ejerciendo la condición de socio con pleno conocimiento y anuencia de los vendedores y cómo se llevó a cabo el ofrecimiento de pago y en el que se hace constar el total y absoluto rechazo a la resolución contractual reiterando el ofrecimiento de pago. Acompaña copia del acta notarial de ofrecimiento de pago, así como de la contestación al reiterado burofax.

IV

La registradora mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz dictó resolución en fecha 4 de mayo de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado. Fundamenta su decisión en el hecho de que, de conformidad con la previsión del artículo 1124 del Código Civil, no existiendo resolución judicial ni habiéndose acreditado la existencia de un procedimiento judicial, la resolución extrajudicial unilateral no produce efectos.

V

Don J.C.R., como apoderado de la sociedad, por escrito de fecha 21 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Valladolid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: Que el burofax por el que se notifica al comprador la resolución contractual no ha sido objeto de impugnación judicial por el comprador lo que supone un claro allanamiento y la existencia de una resolución extrajudicial ex artículo 1124 del Código Civil. Que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (con cita de sentencias), sólo cuando la resolución extrajudicial es contradicha por la otra parte serán los tribunales los que resuelvan si la resolución es o no ajustada a Derecho, de modo que cuando el comprador se allana a la resolución se produce de modo automático ya se haya ejercitado judicial ya extrajudicialmente. Que, en definitiva, habiéndose aquietado el comprador a la resolución del contrato de compraventa opera de forma automática pues no habiendo impugnado judicialmente la resolución su anuencia e inacción judicial se erigen en consentimiento de la resolución extrajudicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 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 (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, entre otras muchas).

2. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente son hechos que resultan de la documentación aportada:

a) Que en fecha 24 de diciembre de 2003 el hoy solicitante adquirió un conjunto de participaciones en la sociedad suficientes para el ejercicio del derecho a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. En la escritura pública se pactó que el precio íntegramente aplazado habría de ser satisfecho en determinados plazos y que el incumplimiento de la obligación de pago de tres de los plazos produciría la resolución del contrato.

b) Que la parte vendedora ha requerido de resolución a la parte compradora mediante burofax de fecha 14 de febrero de 2018, requerimiento que ha sido objeto de contestación por parte de la parte compradora afirmando que se opone de forma expresa y rotunda a la resolución contractual, haciendo ofrecimiento de pago.

3. El recurso no puede prosperar. En nuestro ordenamiento jurídico, perfeccionado un contrato despliega todos sus efectos obligando a las partes al cumplimiento de sus respectivas prestaciones (artículo 1258 del Código Civil). Tratándose de un contrato de compraventa de cosa mueble la propiedad se transmite con su entrega o, como ocurre en el supuesto de hecho, con la autorización de la escritura pública a que se refiere el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el 120 y con el artículo 1462 del Código Civil. Los efectos traditorios del contrato de compraventa se producen aun cuando el comprador no haya llevado a cabo su prestación sin perjuicio de la acción de cumplimiento y de la facultad resolutoria a que se refiere el artículo 1124 del Código Civil.

Por lo que se refiere a esta última, su ejercicio está sujeto a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes. Como ha señalado la jurisprudencia, el ejercicio extrajudicial de la facultad de resolución implica la

práctica de una notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, así como que el adquirente requerido no se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento grave (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero y 16 de marzo de 1995, entre otras).

4. Como resulta de los hechos el socio hoy solicitante ha hecho constar su oposición a la pretensión de la parte vendedora de tener por resuelta la compraventa que en su día se llevó a efecto por lo que su posición jurídica no puede quedar alterada por una declaración unilateral de la parte vendedora. Si esta considera que existe causa jurídica para que se haya producido la resolución contractual deberá acreditarlo así en el procedimiento judicial oportuno en el que, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba, alegue lo que estime oportuno en defensa de su posición jurídica. Y todo ello sin necesidad de prejuzgar cómo habrían de computarse los efectos de la resolución que en su día pudieran ser objeto de declaración judicial.

No cabe en definitiva y en el limitado ámbito de este expediente tener por allanada a la parte compradora ni por aquietada a la pretensión de resolución de la parte compradora sin producir una severa limitación de su derecho de defensa. Resultando del expediente su oposición a la resolución del contrato en que se fundamenta su derecho procede el mantenimiento de dicha posición jurídica mientras no se acredite su modificación bien por la prestación de su consentimiento bien porque así lo declare una resolución judicial firme (artículo 1124 del Código Civil).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz de fecha 4 de mayo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 julio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Valladolid.

Resolución de 2 de julio de 2018 (5.ª)

En el expediente 91/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ballesman, S.A.»

HECHOS

I

Don D.B.C presentó un escrito de fecha 27 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Valladolid, 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 «Ballesman, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

Acompaña a su escrito copia de la escritura autorizada por el notario de Venta de Baños don Juan Carlos Villamuza Rodríguez en fecha 24 de diciembre de 2003, por la que don J.B.R y doña P.C.G. vendieron al ahora solicitante 1800 acciones, junto con otros paquetes societarios, por un precio determinado que queda totalmente aplazado en veinte plazos anuales a satisfacer los días 23 de diciembre de cada año, siendo el primero el día 23 de diciembre de 2004. Se pacta que: «La falta de pago de tres anualidades consecutivas dará lugar a la resolución de la venta volviendo la titularidad de las acciones o participaciones a los vendedores.»

II

Trasladada por el Registro Mercantil la solicitud y la documentación que la acompaña, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que examinado el libro registro de socios el solicitante no es accionista de la sociedad al no ser titular de acción alguna representativa del capital social. Que el comprador no satisfizo anualidad alguna de las que integraban el precio aplazado por lo que desde el impago de la tercera anualidad las acciones volvieron a los vendedores. Que han notificado mediante burofax de fecha 14 de febrero de 2018 al comprador la resolución de la compraventa de donde resulta que carece de la condición de socio. Se acompaña copia del burofax, así como copia de la escritura de compraventa.

III

Trasladada la oposición al solicitante, presentó escrito de alegaciones en el que puso de manifiesto: Que el solicitante ha venido ejerciendo la condición de socio de la sociedad durante 15 años con independencia de la negativa de los vendedores a recibir importe alguno tras los numerosos ofrecimientos llevados a cabo. Que la sociedad omite que con anterioridad al burofax a que se refiere el escrito de oposición, el solicitante había hecho expreso ofrecimiento de pago mediante acta autorizada por el notario de Valladolid don Javier Gómez Martínez el día 14 de febrero de 2018. Que también se omite la contestación al citado burofax en la que se puso de relieve cómo se había venido ejerciendo la condición

de socio con pleno conocimiento y anuencia de los vendedores y cómo se llevó a cabo el ofrecimiento de pago y en el que se hace constar el total y absoluto rechazo a la resolución contractual reiterando el ofrecimiento de pago. Acompaña copia del acta notarial de ofrecimiento de pago, así como de la contestación al reiterado burofax.

IV

La registradora mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz dictó resolución en fecha 4 de mayo de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado. Fundamenta su decisión en el hecho de que, de conformidad con la previsión del artículo 1124 del Código Civil, no existiendo resolución judicial ni habiéndose acreditado la existencia de un procedimiento judicial, la resolución extrajudicial unilateral no produce efectos.

V

Don J.C.R., como apoderado de la sociedad, por escrito de fecha 21 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Valladolid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: Que el burofax por el que se notifica al comprador la resolución contractual no ha sido objeto de impugnación judicial por el comprador lo que supone un claro allanamiento y la existencia de una resolución extrajudicial ex artículo 1124 del Código Civil. Que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (con cita de sentencias), sólo cuando la resolución extrajudicial es contradicha por la otra parte serán los tribunales los que resuelvan si la resolución es o no ajustada a Derecho, de modo que cuando el comprador se allana a la resolución se produce de modo automático ya se haya ejercitado judicial ya extrajudicialmente. Que, en definitiva, habiéndose aquietado el comprador a la resolución del contrato de compraventa opera de forma automática pues no habiendo impugnado judicialmente la resolución su anuencia e inacción judicial se erigen en consentimiento de la resolución extrajudicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 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 (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, entre otras muchas).

2. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente son hechos que resultan de la documentación aportada:

a) Que en fecha 24 de diciembre de 2003 el hoy solicitante adquirió un conjunto de participaciones en la sociedad suficientes para el ejercicio del derecho a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. En la escritura pública se pactó que el precio íntegramente aplazado habría de ser satisfecho en determinados plazos y que el incumplimiento de la obligación de pago de tres de los plazos produciría la resolución del contrato.

b) Que la parte vendedora ha requerido de resolución a la parte compradora mediante burofax de fecha 14 de febrero de 2018, requerimiento que ha sido objeto de contestación por parte de la parte compradora afirmando que se opone de forma expresa y rotunda a la resolución contractual, haciendo ofrecimiento de pago.

3. El recurso no puede prosperar. En nuestro ordenamiento jurídico, perfeccionado un contrato despliega todos sus efectos obligando a las partes al cumplimiento de sus respectivas prestaciones (artículo 1258 del Código Civil). Tratándose de un contrato de compraventa de cosa mueble la propiedad se transmite con su entrega o, como ocurre en el supuesto de hecho, con la autorización de la escritura pública a que se refiere el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el 120 y con el artículo 1462 del Código Civil. Los efectos traditorios del contrato de compraventa se producen aun cuando el comprador no haya llevado a cabo su prestación sin perjuicio de la acción de cumplimiento y de la facultad resolutoria a que se refiere el artículo 1124 del Código Civil.

Por lo que se refiere a esta última, su ejercicio está sujeto a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes. Como ha señalado la jurisprudencia, el ejercicio extrajudicial de la facultad de resolución implica la práctica de una notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, así como que el adquirente requerido no se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolu-

ción, esto es, la existencia de un incumplimiento grave (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero y 16 de marzo de 1995, entre otras).

4. Como resulta de los hechos el socio hoy solicitante ha hecho constar su oposición a la pretensión de la parte vendedora de tener por resuelta la compraventa que en su día se llevó a efecto por lo que su posición jurídica no puede quedar alterada por una declaración unilateral de la parte vendedora. Si esta considera que existe causa jurídica para que se haya producido la resolución contractual deberá acreditarlo así en el procedimiento judicial oportuno en el que, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba, alegue lo que estime oportuno en defensa de su posición jurídica. Y todo ello sin necesidad de prejuzgar cómo habrían de computarse los efectos de la resolución que en su día pudieran ser objeto de declaración judicial.

No cabe en definitiva y en el limitado ámbito de este expediente tener por allanada a la parte compradora ni por aquietada a la pretensión de resolución de la parte compradora sin producir una severa limitación de su derecho de defensa. Resultando del expediente su oposición a la resolución del contrato en que se fundamenta su derecho procede el mantenimiento de dicha posición jurídica mientras no se acredite su modificación bien por la prestación de su consentimiento bien porque así lo declare una resolución judicial firme (artículo 1124 del Código Civil).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz de fecha 4 de mayo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 julio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valladolid.

Resolución de 2 de julio de 2018 (6.ª)

En el expediente 93/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Suerte, S.A.»

HECHOS

I

Don D.B.C presentó un escrito de fecha 27 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Valladolid, 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 «Suerte, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

Acompaña a su escrito copia de la escritura autorizada por el notario de Venta de Baños don Juan Carlos Villamuza Rodríguez en fecha 24 de diciembre de 2003, por la que don J.B.R (y doña P.C.G. en relación a alguno de ellos), vende al ahora solicitante 540 acciones, junto con otros paquetes societarios, por un precio determinado que queda totalmente aplazado en veinte plazos anuales a satisfacer los días 23 de diciembre de cada año, siendo el primero el día 23 de diciembre de 2004. Se pacta que: «La falta de pago de tres anualidades consecutivas dará lugar a la resolución de la venta volviendo la titularidad de las acciones o participaciones a los vendedores.»

II

Trasladada por el Registro Mercantil la solicitud y la documentación que la acompaña, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que examinado el libro registro de socios el solicitante no es accionista de la sociedad al no ser titular de acción alguna representativa del capital social. Que el comprador no satisfizo anualidad alguna de las que integraban el precio aplazado por lo que desde el impago de la tercera anualidad las acciones volvieron al vendedor. Que ha notificado mediante burofax de fecha 14 de febrero de 2018 al comprador la resolución de la compraventa de donde resulta que carece de la condición de socio. Se acompaña copia del burofax, así como copia de la escritura de compraventa.

III

Trasladada la oposición al solicitante, presentó escrito de alegaciones en el que puso de manifiesto: Que el solicitante ha venido ejerciendo la condición de socio de la sociedad durante 15 años con independencia de la negativa de los vendedores a recibir importe alguno tras los numerosos ofrecimientos llevados a cabo. Que la sociedad omite que con anterioridad al burofax a que se refiere el escrito de oposición, el solicitante había hecho expreso ofrecimiento de pago mediante acta autorizada por el notario de Valladolid don Javier Gómez Martínez el día 14 de febrero de 2018. Que también se omite la contestación al citado burofax en la que se puso de relieve cómo se había venido ejerciendo la condición

de socio con pleno conocimiento y anuencia de los vendedores y cómo se llevó a cabo el ofrecimiento de pago y en el que se hace constar el total y absoluto rechazo a la resolución contractual reiterando el ofrecimiento de pago. Acompaña copia del acta notarial de ofrecimiento de pago, así como de la contestación al reiterado burofax.

IV

La registradora mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz dictó resolución en fecha 4 de mayo de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado. Fundamenta su decisión en el hecho de que, de conformidad con la previsión del artículo 1124 del Código Civil, no existiendo resolución judicial ni habiéndose acreditado la existencia de un procedimiento judicial, la resolución extrajudicial unilateral no produce efectos.

V

Don J.C.R., como apoderado de la sociedad, por escrito de fecha 21 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Valladolid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: Que el burofax por el que se notifica al comprador la resolución contractual no ha sido objeto de impugnación judicial por el comprador lo que supone un claro allanamiento y la existencia de una resolución extrajudicial ex artículo 1124 del Código Civil. Que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (con cita de sentencias), sólo cuando la resolución extrajudicial es contradicha por la otra parte serán los tribunales los que resuelvan si la resolución es o no ajustada a Derecho, de modo que cuando el comprador se allana a la resolución se produce de modo automático ya se haya ejercitado judicial ya extrajudicialmente. Que, en definitiva, habiéndose aquietado el comprador a la resolución del contrato de compraventa opera de forma automática pues no habiendo impugnado judicialmente la resolución su anuencia e inacción judicial se erigen en consentimiento de la resolución extrajudicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 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 (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, entre otras muchas).

2. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente son hechos que resultan de la documentación aportada:

a) Que en fecha 24 de diciembre de 2003 el hoy solicitante adquirió un conjunto de participaciones en la sociedad suficientes para el ejercicio del derecho a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. En la escritura pública se pactó que el precio íntegramente aplazado habría de ser satisfecho en determinados plazos y que el incumplimiento de la obligación de pago de tres de los plazos produciría la resolución del contrato.

b) Que la parte vendedora ha requerido de resolución a la parte compradora mediante burofax de fecha 14 de febrero de 2018, requerimiento que ha sido objeto de contestación por parte de la parte compradora afirmando que se opone de forma expresa y rotunda a la resolución contractual, haciendo ofrecimiento de pago.

3. El recurso no puede prosperar. En nuestro ordenamiento jurídico, perfeccionado un contrato despliega todos sus efectos obligando a las partes al cumplimiento de sus respectivas prestaciones (artículo 1258 del Código Civil). Tratándose de un contrato de compraventa de cosa mueble la propiedad se transmite con su entrega o, como ocurre en el supuesto de hecho, con la autorización de la escritura pública a que se refiere el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el 120 y con el artículo 1462 del Código Civil. Los efectos traditorios del contrato de compraventa se producen aun cuando el comprador no haya llevado a cabo su prestación sin perjuicio de la acción de cumplimiento y de la facultad resolutoria a que se refiere el artículo 1124 del Código Civil.

Por lo que se refiere a esta última, su ejercicio está sujeto a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes. Como ha señalado la jurisprudencia, el ejercicio extrajudicial de la facultad de resolución implica la práctica de una notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, así como que el adquirente requerido no se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolu-

ción, esto es, la existencia de un incumplimiento grave (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero y 16 de marzo de 1995, entre otras).

4. Como resulta de los hechos el socio hoy solicitante ha hecho constar su oposición a la pretensión de la parte vendedora de tener por resuelta la compraventa que en su día se llevó a efecto por lo que su posición jurídica no puede quedar alterada por una declaración unilateral de la parte vendedora. Si esta considera que existe causa jurídica para que se haya producido la resolución contractual deberá acreditarlo así en el procedimiento judicial oportuno en el que, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba, alegue lo que estime oportuno en defensa de su posición jurídica. Y todo ello sin necesidad de prejuzgar cómo habrían de computarse los efectos de la resolución que en su día pudieran ser objeto de declaración judicial.

No cabe en definitiva y en el limitado ámbito de este expediente tener por allanada a la parte compradora ni por aquietada a la pretensión de resolución de la parte compradora sin producir una severa limitación de su derecho de defensa. Resultando del expediente su oposición a la resolución del contrato en que se fundamenta su derecho procede el mantenimiento de dicha posición jurídica mientras no se acredite su modificación bien por la prestación de su consentimiento bien porque así lo declare una resolución judicial firme (artículo 1124 del Código Civil).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz de fecha 4 de mayo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 julio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Valladolid.

Resolución de 2 de julio de 2018 (7.ª)

En el expediente 94/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Ediciones Muestras y Motivos, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., doña ….., don ….. y dña ….. presentan escrito de fecha 23 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día 23, 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 la mercantil «Ediciones Muestras y Motivos, S.A.» (titulares del 10,007, 9,994, 9,994, 9,994 % del mismo respectivamente), el nombramiento de auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 2 de abril de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 5 del mismo mes, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 11 de abril presentado el mismo día, alegando que «los estatutos establecen de forma imperativa que las controversias entre la sociedad y sus socios se deben dirimir vía arbitraje». Además, establece que «las operaciones de liquidación están concluidas el 31 de agosto de 2017, antes de la finalización del ejercicio que se pretende auditar (31/12/2017), por lo tanto, al no prolongarse la liquidación por plazo superior al ejercicio que se pretende auditar (2017), no hay cuentas anuales que puedas ser formuladas para ser auditadas».

III

El registrador mercantil de Madrid, don Miguel Seoane de la Parra, dictó resolución de fecha 16 de abril de 2018 por la que acordó «estimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2017 de la sociedad Ediciones Muestras y Motivos S.A.»

IV

Don ….. y doña ….., liquidadores mancomunados de la mercantil, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 16 de abril, alegando que «el derecho que los peticionantes ejercitan, es un derecho de carácter dispositivo, que queda enervado imperativamente por lo dispuesto en el artículo 34 de los Estatutos (fuerza de ley entre las partes). Dicho artículo, está encuadrado expresamente en el Capítulo V de los Estatutos relativo a la liquidación de la Sociedad».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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 solici-

tar 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 resulta que la sociedad se encuentra en fase de liquidación; alegando a su vez la recurrente que el artículo 34 de los estatutos sociales determinan la sumisión a la figura del arbitraje respecto de cualquier controversia surgida respecto de la liquidación y disolución de la sociedad. La cuestión se traslada por tanto a si es procedente el nombramiento de auditor al encontrarse la sociedad en fase de liquidación, y, en segundo lugar, si el Registrador Mercantil es competente para designar auditor como consecuencia de la mencionada cláusula estatutaria.

3. El recurso no puede prosperar por ninguno de los motivos alegados. En primer lugar, respecto de la apertura de la fase de liquidación de la mercantil, 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 *(vide* artículos 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 (artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital y resolución en materia de recursos gubernativos de fecha 12 de marzo de 2013), justifica que durante este periodo no exista impedimento legal alguno al nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La sociedad en el caso que nos ocupa, no ha sido cancelada en el Registro y subsiste la posibilidad de su reactivación por lo que procede el nombramiento de auditor solicitado *(vide* resoluciones de 9 de diciembre de 2005, 31 de octubre de 2006 y 9 de febrero de 2011 entre otras).

4. En segundo lugar, y respecto de la legitimación del registrador para designar auditor a instancia del socio minoritario en relación a la dicción del artículo 34 de los Estatutos sociales que disponen que «las controversias que se susciten entre la sociedad y sus socios serán resueltas mediante el procedimiento de arbitraje en derecho», debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo en relación al presente expediente. Así, el expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el apartado 2.º del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital aparece desarrollado en Título III del Reglamento del Registro Mercantil destinado a regular «otras funciones del Registro», funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta aparece presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador de forma unilateral y objetiva, ajena a la idea de contienda u oposición de intereses entre partes, en los expedientes sobre nombramiento de auditores a que se refiere el tan repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

Como ha reconocido el Tribunal Supremo (sentencias de 8 de julio de 2002 y 7 de julio de 2008) el procedimiento de nombramiento de auditor a instancia de la minoría culmina en una resolución de Derecho Administrativo dictada por quien tiene la competencia para hacerlo y que, por versar sobre materia mercantil, está sujeta a la revisión de los Tribunales de Justicia, en concreto, a la jurisdicción civil. Del mismo modo el alto Tribunal ha resuelto recientemente (sentencias de 28 de junio y 13 de noviembre de 2013), que el registrador al actuar en el ámbito de su competencia no invade la función jurisdiccional pues ni conoce de procedimiento judicial alguno, ni interfiere en un procedimiento judicial en marcha ni en modo alguno se arroga actuaciones reservadas al poder judicial.

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 16 de abril de 2018, por la que resuelve desestimar la oposición de la sociedad, procediendo al nombramiento del auditor de cuentas solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa 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 julio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 2 de julio de 2018 (8.ª)

En el expediente 95/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Palentina de Servicios Generales, S.A.»

HECHOS

I

Don D.B.C presentó un escrito de fecha 27 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Valladolid, 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 «Palentina de Servicios Generales, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

Acompaña a su escrito copia de la escritura autorizada por el notario de Venta de Baños don Juan Carlos Villamuza Rodríguez en fecha 24 de diciembre de 2003, por la que don J.B.R (y doña P.C.G. en relación a alguno de ellos), vende al ahora solicitante 54 acciones, junto con otros paquetes societarios, por un precio determinado que queda totalmente aplazado en veinte plazos anuales a satisfacer los días 23 de diciembre de cada año, siendo el primero el día 23 de diciembre de 2004. Se pacta que: «La falta de pago de tres anualidades consecutivas dará lugar a la resolución de la venta volviendo la titularidad de las acciones o participaciones a los vendedores.»

II

Trasladada por el Registro Mercantil la solicitud y la documentación que la acompaña, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que examinado el libro registro de socios el solicitante no es accionista de la sociedad al no ser titular de acción alguna representativa del capital social. Que el comprador no satisfizo anualidad alguna de las que integraban el precio aplazado por lo que desde el impago de la tercera anualidad las acciones volvieron al vendedor. Que ha notificado mediante burofax de fecha 14 de febrero de 2018 al comprador la resolución de la compraventa de donde resulta que carece de la condición de socio. Se acompaña copia del burofax, así como copia de la escritura de compraventa.

III

Trasladada la oposición al solicitante, presentó escrito de alegaciones en el que puso de manifiesto: Que el solicitante ha venido ejerciendo la condición de socio de la sociedad durante 15 años con independencia de la negativa de los vendedores a recibir importe alguno tras los numerosos ofrecimientos llevados a cabo. Que la sociedad omite que con anterioridad al burofax a que se refiere el escrito de oposición, el solicitante había hecho expreso ofrecimiento de pago mediante acta autorizada por el notario de Valladolid don Javier Gómez Martínez el día 14 de febrero de 2018. Que también se omite la contestación al citado burofax en la que se puso de relieve cómo se había venido ejerciendo la condición de socio con pleno conocimiento y anuencia de los vendedores y cómo se llevó a cabo el ofrecimiento de pago y en el que se hace constar el total y absoluto rechazo a la resolución contractual reiterando el ofrecimiento de pago. Acompaña copia del acta notarial de ofrecimiento de pago, así como de la contestación al reiterado burofax.

IV

La registradora mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz dictó resolución en fecha 4 de mayo de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado. Fundamenta su decisión en el hecho de que, de conformidad con la previsión del artículo 1124 del Código Civil, no existiendo resolución judicial ni habiéndose acreditado la existencia de un procedimiento judicial, la resolución extrajudicial unilateral no produce efectos.

V

Don J.C.R., como apoderado de la sociedad, por escrito de fecha 21 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Valladolid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: Que el burofax por el que se notifica al comprador la resolución contractual no ha sido objeto de impugnación judicial por el comprador lo que supone un claro allanamiento y la existencia de una resolución extrajudicial ex artículo 1124 del Código Civil. Que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (con cita de sentencias), sólo cuando la resolución extrajudicial es contradicha por la otra parte serán los tribunales los que resuelvan si la resolución es o no ajustada a Derecho, de modo que cuando el comprador se allana a la resolución se produce de modo automático ya se haya ejercitado judicial ya extrajudicialmente. Que, en definitiva, habiéndose aquietado el comprador a la resolución del contrato de compraventa opera de forma automática pues no habiendo impugnado judicialmente la resolución su anuencia e inacción judicial se erigen en consentimiento de la resolución extrajudicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 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 (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, entre otras muchas).

2. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente son hechos que resultan de la documentación aportada:

a) Que en fecha 24 de diciembre de 2003 el hoy solicitante adquirió un conjunto de participaciones en la sociedad suficientes para el ejercicio del derecho a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. En la escritura pública se pactó que el precio íntegramente aplazado habría de ser satisfecho en determinados plazos y que el incumplimiento de la obligación de pago de tres de los plazos produciría la resolución del contrato.

b) Que la parte vendedora ha requerido de resolución a la parte compradora mediante burofax de fecha 14 de febrero de 2018, requerimiento que ha sido objeto de contestación por parte de la parte compradora afirmando que se opone de forma expresa y rotunda a la resolución contractual, haciendo ofrecimiento de pago.

3. El recurso no puede prosperar. En nuestro ordenamiento jurídico, perfeccionado un contrato despliega todos sus efectos obligando a las partes al cumplimiento de sus respectivas prestaciones (artículo 1258 del Código Civil). Tratándose de un contrato de compraventa de cosa mueble la propiedad se transmite con su entrega o, como ocurre en el supuesto de hecho, con la autorización de la escritura pública a que se refiere el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el 120 y con el artículo 1462 del Código Civil. Los efectos traditorios del contrato de compraventa se producen aun cuando el comprador no haya llevado a cabo su prestación sin perjuicio de la acción de cumplimiento y de la facultad resolutoria a que se refiere el artículo 1124 del Código Civil.

Por lo que se refiere a esta última, su ejercicio está sujeto a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes. Como ha señalado la jurisprudencia, el ejercicio extrajudicial de la facultad de resolución implica la práctica de una notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, así como que el adquirente requerido no se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento grave (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero y 16 de marzo de 1995, entre otras).

4. Como resulta de los hechos el socio hoy solicitante ha hecho constar su oposición a la pretensión de la parte vendedora de tener por resuelta la compraventa que en su día se llevó a efecto por lo que su posición jurídica no puede quedar alterada por una declaración unilateral de la parte vendedora. Si esta considera que existe causa jurídica para que se haya producido la resolu-

ción contractual deberá acreditarlo así en el procedimiento judicial oportuno en el que, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba, alegue lo que estime oportuno en defensa de su posición jurídica. Y todo ello sin necesidad de prejuzgar cómo habrían de computarse los efectos de la resolución que en su día pudieran ser objeto de declaración judicial.

No cabe en definitiva y en el limitado ámbito de este expediente tener por allanada a la parte compradora ni por aquietada a la pretensión de resolución de la parte compradora sin producir una severa limitación de su derecho de defensa. Resultando del expediente su oposición a la resolución del contrato en que se fundamenta su derecho procede el mantenimiento de dicha posición jurídica mientras no se acredite su modificación bien por la prestación de su consentimiento bien porque así lo declare una resolución judicial firme (artículo 1124 del Código Civil).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz de fecha 4 de mayo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 julio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Valladolid.

Resolución de 2 de julio de 2018 (9.ª)

En el expediente 100/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Covairu, S.A.»

HECHOS

I

Doña A.M.S.S. presentó un escrito de fecha 17 de febrero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de La Rioja, en el que tuvo su entrada el día 22 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 «Covairu, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad no se opuso a la pretensión de la socia.

III

La registradora mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez Bernal dictó resolución en fecha 20 de marzo de 2018 por la que acordó estimar la solicitud y declarar la procedencia de nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don J.M.S.M., como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 9 de abril de 2018, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de La Rioja, presentó un escrito en el que hace constar: Que a solicitud de la misma socia se designó por el Registro Mercantil de La Rioja auditor de cuentas para el ejercicio 2016 el cual detectó determinadas cuestiones algunas de las cuales no pudieron solventarse en dicho ejercicio. Como quiera que han de ser solventadas en las cuentas del ejercicio 2017 que han de ser sometidas a aprobación de la junta, el órgano de administración tomo la decisión en fecha 30 de diciembre de 2017 de designar al mismo auditor como auditor voluntario dado el proceso de revisión de las cuentas que está llevando a cabo. Que aceptando la designación de auditor se solicita que recaiga en la misma persona de don …..

La registradora notifica la anterior solicitud a la socia instante sin que resulte del expediente contestación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 resulta de los hechos expuestos no existe propiamente recurso contra la resolución de la registradora en tanto que la sociedad se aquieta a la decisión de procedencia de designación de auditor para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2017. La única pretensión de la sociedad es que la designación se lleve a cabo en persona determinada; en concreto, en la persona del mismo auditor que fue designado con anterioridad para la verificación de las cuentas del ejercicio 2016. Corresponde en consecuencia dar a

este expediente el tratamiento previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil en cuanto que la sociedad solicita que se excepcione el sistema ordinario de nombramiento previsto en el previo artículo 355 del mismo Reglamento. Se trata, en definitiva, de resolver sobre si procede la estimación de la solicitud de la sociedad a la luz de la regulación de aquel precepto y de la doctrina de esta Dirección en su aplicación.

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 de hecho que ha lugar a la presente (con antecedentes en esta misma Dirección General de los Registros y del Notariado), por cuanto resulta acreditado suficientemente tanto la decidida voluntad de la sociedad de regularizar su situación contable y legal como la conveniencia de llevarlo a cabo por el trámite especial previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. Resulta igualmente que ni la registradora mercantil del domicilio social ni la interesada han manifestado opinión en contrario.

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 y la relación de hechos expuesta procede la estimación de la solicitud 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 por cuanto el solicitante así lo ha justificado debidamente.

2.º Confirmar el nombramiento del auditor designado, don ….., para la práctica de la auditoría de la sociedad solicitante correspondiente al ejercicio 2017.

3.º Devolver el expediente al Registro Mercantil de La Rioja 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, 2 de julio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de La Rioja.

Resolución de 4 de julio de 2018

En el expediente 44/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Industrias Belseher, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. y doña ….. presentan escrito de fecha 2 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 3 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 la mercantil «Industrias Belseher, S.L.» (titular del 50 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 4 de enero de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 11 del mismo mes, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 15 de enero presentado el mismo día, alegando, en esencia, que «el órgano de administración en fecha 30 de octubre de 2017 contrató al auditor don ….. para que audite las cuentas anuales del 2017, quien aceptó el encargo en la misma fecha como se acredita con los documentos 16 y 17». Acompañan carta de encargo de auditoría firmado por ambas partes de fecha 20 de octubre de 2017 correspondiente a los ejercicios 2017 y escrito de aceptación del auditor de igual fecha para «la realización del informe de auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2017».

III

El 18 de enero de 2018 se requiere a la sociedad «Industrias Belseher, S.L.» para que aporte bien la documentación relativa a la designación de auditor que permita su inscripción, bien el informe de verificación para su incorporación al expediente o bien la justificación de que se le ha entregado al socio solicitante.

El día 9 de febrero de 2018 las instantes del expediente presentan escrito al Registro Mercantil de Valencia reiterando su solicitud de nombramiento de auditor para las cuentas correspondientes al ejercicio 2017 solicitando que no se tenga en consideración la oposición formulada por la sociedad. El día 9 de febrero de 2018 la sociedad presenta la documentación relativa al nombramiento de auditor en el Registro Mercantil de Valencia para que se proceda a su inscripción, causando el asiento de presentación 118 del Libro Diario 881. El día 1 de marzo de 208, don Miguel María Molina Castiella dicta resolución por la que acuerda «suspender conforme al artículo 10-2 del Reglamento del Registro Mercantil tal nombramiento al constar presentado en el libro diario de inscripciones, el nombramiento de auditor para el ejercicio social 2017». El día 14 de marzo de 2018, don José Luis Gómez Fabra, Registrador Mercantil de Valencia emite nueva resolución por la que acuerda «denegar el nombramiento de auditor solicitado por doña ….. para el ejercicio social 2017» al constar inscrito «el nombramiento voluntario de auditor realizado por la mercantil del auditor don ….. para la verificación de sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017» (inscripción 18 de la hoja social).

IV

Doña ….. y doña ….. interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 14 de marzo, alegando que «resulta improcedente la denegación de nombrar auditor por el Registro Mercantil e insiste en la necesidad de nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil conforme a la solicitud presentada el día 3 de enero de 2018, todo ello en cumplimiento del principio de prioridad registral y demás motivos arriba expuestos».

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 Socie-

dades 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 resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil con fecha 3 de enero de 2018 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar carta de encargo de octubre de 2017 firmada por el administrador solidario de la mercantil y por el auditor don ….., así como escrito de aceptación del mismo de igual fecha. Dicho nombramiento fue presentado a inscripción en el Registro Mercantil de Valencia con fecha 9 de febrero de 2018, siendo objeto de la inscripción 18.ª de la hoja social de la mercantil «Industrias Belseher S.L.»

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

3. El recurso no puede prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la carta de encargo, como el escrito de aceptación en fecha 2017. En este sentido conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario que, de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia de la presentación de la documentación en cuestión, y como resulta de los antecedentes de hecho, dicha presentación concluyó con la inscripción 18.ª de la hoja social, por la que se procede a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2017. Por tanto, 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también 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 expediente, pero si tenemos en cuenta: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento del auditor nombrado por la sociedad que, por otra parte, había sido designado con anterioridad a la petición del socio minoritario; 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 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. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia, don José Luis Gómez Fabra, de fecha 14 de marzo de 2018, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 6 de julio de 2018 (1.ª)

En el expediente 103/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Masanteu, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presenta escrito de fecha 26 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de La Coruña, en el que tuvo su entrada el día 28 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 la mercantil «Masanteu, S.L.» (titular del 25 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 3 de abril de 2018 en el domicilio social que consta en la hoja social de la misma, siendo recibido el día 10 de abril, sin haber formulado oposición en el plazo legalmente previsto. El día 13 de abril, ….., administradora única de la sociedad, presenta escrito de igual fecha en el que «designa domicilio a efecto de notificaciones de la sociedad», así como solicita «la retroacción por indefensión», anunciando su intención de formular oposición.

III

El registrador mercantil de La Coruña I, don Juan Carlos González Nieto, dictó resolución de fecha 16 de abril de 2018 por la que acordó «la procedencia del nombramiento solicitado». Dicha resolución es notificada por correo certificado tanto en el domicilio social como en el indicado por la administradora única en el escrito anteriormente referido.

Con fecha 20 de abril se presenta por la sociedad en el Registro Mercantil de La Coruña copia electrónica de la escritura de cambio de domicilio social, quedando debidamente inscrita en la hoja social en fecha 23 de abril.

IV

Doña ….., administradora única de la mercantil «Masanteu, S.L.» interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 16 de abril, reiterando que «la sociedad no ha recibido notificación de la solicitud de nombramiento de auditor en tiempo y forma» por lo que solicita la «retroacción por indefensión».

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.

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 resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 28 de marzo de 2018, solicitud que es trasladada a la mercantil mediante resolución del Registro Mercantil de fecha 3 de abril en su domicilio social. La propia sociedad presenta escrito suscrito por su administradora única en fecha 13 de abril designando un nuevo domicilio a efectos de notificaciones.

El Registrador Mercantil de La Coruña emite resolución en fecha 16 de abril por el que acuerda la procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario. Con posterioridad, el 20 de abril, la sociedad presenta copia electrónica de la escritura de cambio de domicilio social que resulta debidamente inscrita en la hoja social el día 23 del mismo mes.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha sido debidamente notificada en el domicilio que constaba en el Registro Mercantil, dándose a su vez la circunstancia de que ha tenido pleno conocimiento del expediente al haber presentado tanto el escrito de designación de domicilio como el escrito de recurso.

3. El recurso no puede prosperar ya que no puede aceptarse la alegación de la sociedad relativa a que el domicilio en el que se han realizado las notificaciones es distinto a su domicilio real. Las sociedades de capital pueden establecer su domicilio donde tengan por conveniente con dos limitaciones: que sea en territorio español y que en él «…se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación» (artículo 9 de la Ley de Sociedades de Capital). Si el domicilio señalado no coincide con el real dicha circunstancia no perjudica a terceros (artículo 10 de la propia Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 20 del Código de Comercio). Que exista coincidencia es responsabilidad del órgano de administración a quien incumbe el deber de llevar la gestión de la sociedad con la diligencia debida (artículo 225 de la Ley) y a quien incumbe la iniciativa para modificar, en su caso, el contenido de los

estatutos (artículo 286 de la Ley de Sociedades de Capital). En consecuencia, y como resulta del propio expediente, es el propio órgano de administración el que debe de tomar las medidas precisas para que el domicilio real y el domicilio social fijado en estatutos y publicado coincidan, deber muy favorecido por el legislador que, salvo disposición contraria de los estatutos, autoriza a cumplir dentro del mismo término municipal sin necesidad de acuerdo social de modificación de estatutos (artículo 285.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

No cabe en consecuencia apreciar indefensión alguna de la sociedad que pueda provocar la nulidad del expediente (artículo 62 de la Ley 30/1992), pues ha sido la propia sociedad quien, con su inacción, ha provocado que un tercero (en este caso la Administración), haya realizado la notificación de la existencia de solicitud de verificación contable por socio minoritario, en el domicilio señalado por la propia sociedad en el Registro Mercantil. Además, la inexistencia de indefensión material es patente en cuanto que la sociedad ha tenido ocasión de provocar este recurso y alegar lo que en defensa de sus intereses ha tenido por conveniente. No ha existido una situación definitiva en vía administrativa ante la que no haya podido reaccionar debidamente la sociedad. Por otro lado, la actuación del Registro Mercantil de La Coruña ha sido impecable en la medida en que a partir del momento en que la propia sociedad ha puesto de manifiesto la existencia de un domicilio real distinto del inscrito en sus libros, ha llevado a cabo las notificaciones en ambos domicilios.

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 16 de abril de 2018, por la que resuelve proceder al nombramiento solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de A Coruña.

Resolución de 6 de julio de 2018 (2.ª)

En el expediente 111/2018 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Dober Import-Export, S.L.».

HECHOS

I

Por resolución de fecha 15 de junio de 2018, con entrada en este Ministerio el mismo día 15 de junio, la registradora mercantil de Barcelona X, doña M.ª Azucena Bullón Manzano, 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 los ejercicios 2015 y 2016 de la sociedad «Dober Import-Export, 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 25 de abril de 2018, formulada por don ….., en su condición de administrador único de la sociedad «Dober Import-Export, S.L.», que tuvo su entrada en el registro mercantil de Barcelona con fecha 16 de mayo del mismo año, así como la resolución de fecha 15 de junio de 2018 de la registradora mercantil de Barcelona X, doña M.ª Azucena Bullón Manzano, 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 25 de abril de 2018, formulada por don ….., en su condición de administrador único de la sociedad, y según manifiesta el interesado, resulta, en esencia, que:

1.º Que la citada sociedad está obligada a la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión por un auditor de cuentas de los ejercicios 2015 y 2016.

2.º Que ha finalizado el ejercicio a auditar y no se ha nombrado auditor de cuentas por la Junta.

3.º Que en fecha 27 de noviembre de 2017 fue solicitado al Registro Mercantil de Barcelona nombramiento de auditor para los ejercicios 2013 y 2014, recayendo dicho nombramiento en la sociedad de auditoría «Asespaña, Economistas Consultores, S.L.P.», habiendo presentado los preceptivos informes en fecha 23 de abril de 2018.

4.º Que la auditoría de los citados años 2013 y 2014 y ahora 2015 y 2016, suponen una carga de trabajo administrativa adicional, que se va a superponer prácticamente a la auditoría del ejercicio 2017, lo que representará multiplicar por cinco la carga de auditorías en el presente ejercicio.

5.º Que la sociedad «Dober Import Export, S.L.» está en crecimiento, y con el personal utilizado en un alto porcentaje de su capacidad productiva, suponiendo una primera

auditoría, más horas de dedicación, para el personal de administración de la empresa, aparte de para los auditores, dejando menos tiempo para la actividad productiva directa de la empresa a aquellos.

6.º En virtud de lo anterior, en atención a las especiales circunstancias de la sociedad en relación con la necesidad de nombramiento de un auditor para los ejercicios 2015 y 2016, solicita el interesado que se proceda al nombramiento de la sociedad «Asespaña, Economistas Consultores, S.L.P.», como auditor de las cuentas anuales individuales de la sociedad correspondientes los ejercicios 2015 y 2016.

Acompaña el interesado con su solicitud los documentos que estima pertinentes.

IV

Por su parte, la registradora mercantil de Barcelona X, doña M.ª Azucena Bullón Manzano, resolvió con fecha 15 de junio de 2018 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 los ejercicios 2015 y 2016 de la sociedad en cuestión pudiendo concurrir las siguientes circunstancias excepcionales que motivarían la designación del auditor solicitado:

1.º Concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo.

2.º Que la auditoría de las cuentas anuales de la sociedad peticionaria de los ejercicios 2013 y 2014 ha sido realizada por la firma auditora «Asespaña, Economistas Consultores, S.L.P.», lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante.

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 regu-

lación. 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, la registradora mercantil de Barcelona X, doña M.ª Azucena Bullón Manzano, resolvió con fecha 15 de junio de 2018 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 de la registradora mercantil de Barcelona X, doña M.ª Azucena Bullón Manzano, de fecha 15 de junio de 2018, 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 de los ejercicios 2015 y 2016 sea hecha por la misma auditora que ha llevado a cabo la auditoría voluntaria de las cuentas anuales de los ejercicios 2013 y 2014, lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante, ello unido a la concurrencia de presupuestos reveladores de volumen económico significativo, según resulta de la resolución registral en relación con los ejercicios 2013 a 2016.

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 «Dober Import-Export, S.L.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2015 y 2016, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registro mercantil de Barcelona X al nombramiento de la mercantil «Asespaña, Economistas Consultores, S.L.P», siempre que se acredite su inscripción en el ROAC, al no resultar ésta del expediente obrante en esta Dirección General, como auditor de las cuentas anuales individuales de la sociedad correspondientes a los ejercicios 2015 y 2016, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Barcelona X 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, 6 de julio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 6 de julio de 2018 (3.ª)

En el expediente 112/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Langenbacher, S.L.»

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de don ….. en virtud de poder otorgado el 26 de noviembre de 2014 ante don José Cháfer Rudilla, notario de Maspalomas, cuya copia se acompaña al presente expediente e incluye en el apartado VI) de las facultades conferidas, entre otras, la de «comparecer en toda clase de oficinas públicas» e interponer toda clase de recursos»; presenta escrito de fecha 26 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Fuerteventura, en el que tuvo su entrada el día 27 del mismo mes en la oficina de correos de Palma de Mallorca, 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 la mercantil «Langenbacher, S.L.» (titular del 10 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 6 de abril de 2018 en el domicilio social, sin haber formulado oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El registrador mercantil de Puerto del Rosario, don Fernando Eduardo Anegón Hijosa, dictó resolución de fecha 25 de abril de 2018 por la que acordó que «designar como auditor para verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2017 de la entidad «Langenbacher, S.L.» a la entidad Abauding Auditores, S.L.P.».

Por su parte, don ….., administrador único de la sociedad, presenta el día 25 de abril de 2018 escrito de fecha 24 del mismo mes, por el que expone que «no consta entre la documentación el citado poder notarial, por lo que no está acreditada la representación.»

IV

Don ….., administrador único de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 25 de abril reiterando que «a esta parte aún no se le ha dado traslado del supuesto poder notarial, por lo que a nuestro entender no está acreditada tal representación».

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 solici-

tar 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. 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 (artículo 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). De este modo la calificación registral se extiende a la legitimación del solicitante, acreditando ser titular de al menos el 5% del capital social; el cumplimiento del plazo de tal solicitud, que se haga en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio

social; y que la sociedad no haya enervado el derecho del socio minoritario conforme a lo anteriormente expuesto.

3. En el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar al no quedar desvirtuada la legitimidad del representante del solicitante pues, según resulta del propio escrito de solicitud el presentante interviene en nombre y representación del socio titular de las participaciones sociales, acompañando al presente expediente copia del poder notarial en virtud del cual se faculta al primero. Dicho poder fue acompañado a la propia instancia de solicitud de fecha 26 de marzo y considerado suficiente a juicio del Registrador Mercantil de Puerto del Rosario al incluir entre las facultades conferidas la de «comparecer ante cualquier Registro de la Propiedad y toda clase de oficinas públicas» así como «promover toda clase de expedientes, actas, juicios, pretensiones, tramitaciones, excepciones, manifestaciones, reclamaciones, quejas y recursos».

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Puerto del Rosario, don Fernando Eduardo Anegón Hijosa, de fecha 25 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Puerto del Rosario.

Resolución de 6 de julio de 2018 (4.ª)

En el expediente 119/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Aipe Assoc, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 22 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 26, 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 «Aipe Assoc, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

El registrador mercantil de Barcelona XI, don Heliodoro Sánchez Rus, notifica de manera infructuosa a la sociedad mediante resolución de fecha 29 de marzo de 2018. El solicitante, don ….., presenta el día 20 de abril de 2018 escrito indicando el domicilio de la mercantil. El registrador mercantil de Barcelona, don Heliodoro Sánchez Rus, notifica a la sociedad mediante resolución de fecha 27 de abril de 2018 que es entregada en el domicilio social el día 3 de mayo, para que, en su caso, ejercite el derecho de oposición a tal solicitud.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, que «la solicitud está mal realizada porque no cumple con todos los requisitos del artículo 351, y no debería haber sido admitida. Efectivamente, no expresa la causa de la misma». Además alega que «falta la acreditación de la legitimación del solicitante… porque son documentos incompletos y un documento incompleto no acredita nada» con lo que concluye que el procede declarar «la nulidad de las actuaciones» al resultar una infracción del procedimiento por parte del Registrador.

IV

El registrador mercantil de Barcelona XI, don Heliodoro Sánchez Rus, dictó resolución de fecha 16 de mayo de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Doña ….. y doña ….., administradoras mancomunadas de la sociedad, por escrito de fecha 13 de junio de 2018, que tuvo su entrada el día 15 del mismo mes en el Registro Mercantil de Barcelona, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando, exclusivamente, el motivo de falta de expresión de causa en la solicitud presentada, lo que debería acarrear la nulidad de las actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede estimarse el recurso interpuesto por el motivo alegado por la sociedad, esto es, la falta de expresión de causa en la solicitud formulada por el socio minoritario don …...

Respecto de tal cuestión, inexpresión de la causa en la solicitud, es constante doctrina de este Centro Directivo 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 expresión de la causa, 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 (artículos 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.

2. 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona XI, don Heliodoro Sánchez Rus, de fecha 16 de mayo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 12 de julio de 2018 (1.ª)

En el expediente 52/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Naves Karma, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 2 de enero de 2018 dirigido al Registro Mercantil de Valencia V, 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 «Naves Karma, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia por medio de escrito de fecha 28 de febrero de 2018 alegando, en esencia, razones económicas.

III

El registrador mercantil de Valencia V, dictó resolución de fecha 22 de marzo de 2018, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

IV

Don ….., en nombre y representación de la sociedad, por escrito de fecha 17 de abril de 2018, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se basan en el abuso de derecho por parte del solicitante y razones económicas que impiden a la sociedad que impiden a la sociedad estar realizando auditorías todos los años, por mucho derecho reconocido que tenga el socio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, y en cuanto a la alegación relativa al abuso de derecho por parte 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 (artículo 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 (artículo 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 motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, dada la situación económica de la mercantil, 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 coste económico que la petición comporta para la sociedad (artículo 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia V, de fecha 22 de marzo de 2018, por la que estima la solicitud 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 Adminis-

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

Madrid, 12 de julio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 12 de julio de 2018 (2.ª)

En el expediente 53/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Agrícola Dehesa Blanca, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., doña ….. y ….., presentaron escrito de fecha 12 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 18 del mismo mes y año, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Agrícola Dehesa Blanca, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, que la sociedad ha nombrado auditor de manera voluntaria constando debidamente inscrito tal nombramiento en el Registro Mercantil.

III

El registrador mercantil de Sevilla III, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictó resolución de fecha 27 de febrero de 2018 por la que acordó admitir la oposición y no proceder al nombramiento de un nuevo auditor solicitado.

IV

Doña ….., doña ….. y don ….., por escrito de fecha 6 de abril de 2018, interpusieron recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando, en esencia, que el auditor nombrado e inscrito no es independiente, debido a las relaciones profesionales que mantiene con el administrador de la sociedad en cuestión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 los términos en que se encuentra planteado el objeto del recurso, esto es, que pese al nombramiento e inscripción del auditor a instancia de la sociedad de manera voluntaria para el ejercicio correspondiente al año 2017, el auditor nombrado e inscrito carece de la necesaria cualidad de independencia a criterio del recurrente, el recurso no éste no puede prosperar.

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; c) 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; d) 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; e) 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; f) 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 o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; g) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado.

Por tanto, debe concluirse que en el presente expediente concurren los dos requisitos anteriormente mencionados, tanto el nombramiento anterior del auditor voluntario como el aseguramiento del derecho del socio minorista mediante la inscripción del mismo en la hoja social practicada el 14 de agosto de 2017, inscripción 9.ª. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla III, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictada con fecha 27 de febrero de 2018 por la que acordó admitir la oposición y no proceder al nombramiento de un nuevo auditor solicitado.

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

Madrid, 12 de julio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 12 de julio de 2018 (3.ª)

En el expediente 56/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Innovaciones Alimentarias Valdemoro, S.L.».

HECHOS

I

Don Pablo Chicote Campo presentó escrito de fecha 23 de enero de 2018 dirigido al registro mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día 23 del citado 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 «Innovaciones Alimentarias Valdemoro, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de doña Tamara Sánchez Tovar, en su calidad de administradora de la mercantil, de fecha 29 de enero de 2018, que tuvo su entrada en el registro mercantil de Madrid el 5 de febrero de 2018, alegando, en esencia, que el solicitante se encuentra incurso en causa penal por presunto delito de apropiación indebida, así como la imposibilidad económica de la sociedad de hacerse cargo de los honorarios del auditor de cuentas.

III

El registrador mercantil de Madrid XIII, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, dictó resolución de fecha 6 de febrero de 2018, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

IV

Doña Tamara Sánchez Tovar, en su calidad de administradora de la mercantil, por escrito de fecha 1 de marzo de 2018, que tuvo su entrada el 13 de marzo del mismo año en el registro mercantil de Madrid, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición, y que se dan por reproducidos, añadiendo que, de nombrarse auditor, sea con cargo al solicitante dada la situación especial existente y la incapacidad económica de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, por lo que se refiere a la alegación relativa a la existencia de causa penal por presunto delito de apropiación indebida en que se encuentra incurso el solicitante, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el procedimiento especial sobre nombramiento de auditor sólo se vería afectado si existiese litispendencia en torno a la titularidad misma de las acciones o participaciones que han servido al socio para legitimar su derecho al nombramiento, litispendencia que, por otra parte, no se justifica por la sociedad.

2. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad de modo por encontrarse en situación de incapacidad e imposibilidad económica para hacerse cargo del pago de los

honorarios del auditor de cuentas y, por tanto y en su caso, que el coste de los mismos sea con cargo al solicitante, es cuestión sobre la que este Centro Directivo 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 –como expresamente se alega en este caso–, costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios (artículo 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid XIII, don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, dictada con fecha 6 de febrero de 2018, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 12 de julio de 2018 (4.ª)

En el expediente 57/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Silvergame, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presentó escrito dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 25 de enero de 2018, 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 «Silvergame, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, que la sociedad ha nombrado auditor de manera voluntaria para el ejercicio que se solicita conforme a la documentación presentada en el Registro Mercantil.

III

El registrador mercantil de Alicante I, don Jaime del Valle Pintos, dictó resolución de fecha 27 de marzo de 2018 por la que acordó desestimar la oposición y proceder al nombramiento de auditor solicitado.

IV

Don ….., en su calidad de administrador de la sociedad en cuestión, por escrito de fecha 24 de abril de 2018, que tuvo su entrada el día 25 del mismo mes en el registro mercantil de Alicante, interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando, en esencia, el nombramiento voluntario de auditor, el cual ha aceptado el cargo y ha procedido a la confección y verificación de las cuentas anuales de 2017 mediante la emisión de informe de auditoría de fecha 28 de marzo de 2018; informe que fue aportado al expediente seguido en el registro mercantil con fecha 29 del mismo mes y año, y remitida copia del mismo al solicitante mediante burofax recibido el 23 de abril de 2018, según alega el recurrente.

V

El registrador mercantil de Alicante I, don Jaime del Valle Pintos, remite el expediente a esta Dirección General por medio de oficio de fecha 27 de abril de 2018 en el que hace constar, además, que una vez notificada la sociedad de la resolución recaída, el 29 de marzo

de 2018 aporta la sociedad al expediente el informe de auditoría emitido el 28 de marzo de 2018, por don Antonio Jesús Mas Torres, el cual no pudo tenerse en cuenta en el momento de emitir la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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.

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 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. Requisitos cumplidos, según resulta del expediente, incluido la puesta a disposición del informe al socio minoritario mediante la notificación fehaciente del mismo al socio y su aportación al expediente.

En este caso, además: a) 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; b) 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; e) 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; f) 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 o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; g) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado.

Por tanto, debe concluirse que en el presente expediente concurren los dos requisitos anteriormente mencionados, tanto el nombramiento anterior del auditor voluntario como el aseguramiento del derecho del socio minorista mediante la puesta a disposición del informe de auditoría a través de la notificación fehaciente del informe al socio así como su aportación al expediente. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Alicante I, don Jaime del Valle Pintos, dictada con fecha 27 de marzo de 2018 por la que acordó desestimar la oposición y proceder al nombramiento de auditor solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 12 de julio de 2018 (5.ª)

En el expediente 104/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Brainstormer Fuerza de Ventas, S.L.»

HECHOS

I

Don J.H.L. presentó un escrito de fecha 27 de febrero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 15 de marzo 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 «Brainstormer Fuerza de Ventas, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad no se opuso a la pretensión del socio alegando.

III

El registrador mercantil de Madrid n.º 3, don Jorge Salazar García dictó resolución en fecha 23 de abril de 2018 por la que acordó inadmitir la solicitud de nombramiento de auditor en base a que del contenido del Registro resulta que el solicitante ostentó el cargo de administrador solidario durante el ejercicio a auditar.

IV

Don J.H.L., por escrito de echa 23 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que el registrador mercantil sólo debe resolver cuando haya existido oposición de la sociedad, lo que no es el caso, tal y como resulta del artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil y con toda claridad de su apartado cuarto. Que en conclusión y cuando no existe oposición el registrador debe limitarse a proceder al nombramiento solicitado. 2.º Que las circunstancias del supuesto de hecho conllevan la necesidad del nombramiento por cuanto el capital social se encuentra dividido en tres partes iguales siendo los socios administradores solidarios. No obstante, por desavenencias entre los otros dos socios y administradores y el solicitante, ha sido cesado de su cargo de administrador en febrero de 2018 quedando el control de la sociedad en manos de aquellos. Que de haber intentado la designación de auditor durante el ejercicio de su cargo los otros dos administradores habrían paralizado la actuación del administrador. Han sido las continuas desavenencias las que han llevado a esta situación y las que han provocado que los otros dos socios, en abuso de derecho, hayan cesado al solicitante, precisamente en el momento en que procede la formulación de las cuentas anuales. Que es por este conjunto de motivos por los que el socio acude al Registro Mercantil con la finalidad de obtener una auditoría sobre el estado contable de la sociedad, única posibilidad que le queda de conseguir el resultado de acreditación de la imagen fiel del patrimonio social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 puede enervar la doctrina elaborada por esta Dirección General de los Registros y del Notariado en referencia a los hechos expuestos.

De acuerdo con dicha doctrina, 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 hechos expuestos, el socio solicitante ha sido efectivamente administrador de la sociedad durante el ejercicio cuya contabilidad solicitar auditar por lo que no cabe sino confirmar la resolución del registrador.

2. El recurrente en realidad no desconoce la anterior doctrina si bien considera que las circunstancias de hecho justifican su inaplicación. Tal pretensión no puede ampararse por esta Dirección General. En primer lugar porque la apreciación de dichas circunstancias escapa por completo del limitado ámbito de este expediente. 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 inte-

resadas 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.

Por el mismo motivo esta Dirección General no puede apreciar la existencia de abuso de derecho a que se refiere el escrito de recurso. 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 (artículo 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 su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 3, don Jorge Salazar García de fecha 23 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 12 de julio de 2018 (6.ª)

En el expediente 105/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gab Sureste Peritaciones de Seguro, S.L.»

HECHOS

I

Don J.G.G. presentó un escrito de fecha 16 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, en el que tuvo su entrada el día 21 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 «Gab Sureste Peritaciones de Seguro, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que la sociedad y el socio se encuentran en trámites para la enajenación de sus participaciones sociales que, una vez consumada, le privaría de legitimación.

Diligenciada por el registrador la parte solicitante contestó mediante escrito de fecha 2 de mayo de 2018 en el que se reafirma en su solicitud, niega la existencia de acuerdo alguno y aporta determinada documentación.

III

El registrador mercantil de Málaga n.º 3, don José Miguel Crespo Monerri dictó resolución en fecha 8 de mayo de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don F.J.G.M., actuando como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 25 de mayo de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Málaga, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando su argumento de que existe una negociación con el solicitante para la adquisición de sus participaciones y que sólo resta la fijación del precio por lo que se solicita se deje sin efecto la designación de auditor hasta que se notifique la venta de las participaciones del solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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. No discutiendo la sociedad que el solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo previstos en el artículo 265.2

de la Ley de Sociedades de Capital para solicitar que se lleve a cabo por medio de auditor la verificación de las cuentas del anterior ejercicio, la cuestión se ciñe a la afirmación de que el solicitante se encuentra en trámite de dejar de ser socio de la sociedad, extremo que este niega.

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).

2. 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 va a dejar de serlo. Con independencia de que el solicitante niega la existencia de las negociaciones de las que pudiera derivarse su marcha de la sociedad, lo cierto es que resulta indiscutido que ostenta la condición de socio en el momento de elevar su solicitud al registrador mercantil por lo que no procede sino el reconocimiento de su derecho.

Es cierto 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 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). Ahora bien, ninguna de tales situaciones resulta del expediente por lo que procede la desestimación del recurso interpuesto.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Málaga n.º 3, don José Miguel Crespo Monerri de fecha 8 de mayo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Málaga.

Resolución de 13 de julio de 2018

En el expediente 51/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Termiservicio, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. y don….., este último en representación de doña ….., presentan escrito de fecha 12 de enero de 2018, dirigido al registro mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 7 de febrero de 2018, 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 la mercantil «Termiservicio, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 9 de febrero de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 13 de febrero. La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia: a) que la sociedad ha nombrado auditor de manera voluntaria para el ejercicio que se solicita conforme a la documentación presentada en el Registro Mercantil, auditor que ha aceptado el encargo; b) abuso de derecho y fraude de ley por parte de los solicitantes.

III

El registrador mercantil de Madrid IX, don Alberto Yusta Benach, dictó resolución de fecha 15 de marzo de 2018 por la que acordó dejar en suspenso el nombramiento de auditor solicitado durante el plazo de vigencia del asiento de presentación, procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado si durante ese período no se inscribe, no se aporta el informe de auditoría correspondiente o no se acredita fehacientemente la entrega de dicho informe al solicitante.

IV

Don ….., en su condición de administrador de la mercantil «Termiservicio, S.L.», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 15 de marzo, alegando, en esencia, el nombramiento voluntario de auditor, el cual ha aceptado el cargo, si bien, dado el tiempo transcurrido, los auditores no han terminado su trabajo para su puesta a disposición de los socios, momento en el cual se notificará tal extremo al registro mercantil.

V

Este Centro Directivo mediante resolución de 23 de mayo de 2018, y al amparo de lo previsto en el artículo 118 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, requiere a la mercantil para que justifique el hecho de haberse procedido a la inscripción en el registro mercantil o bien haberse entregado el informe de verificación contable a los socios solicitantes o bien para que se aporte el informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2017.

VI

Don ….., administrador de la mercantil, atiende al anterior requerimiento mediante escrito de fecha 2 de julio de 2018, presentado el mismo día 2 del citado mes en el registro mercantil, al que acompaña el informe de auditoría realizado por el auditor nombrado por la sociedad, a los efectos de tener por presentado su escrito y aportado el informe de auditoría, solicitando se deje sin efecto el nombramiento de auditor y archivando el expediente. Todo lo cual se remite a este Centro Directivo por medio de oficio del registrador mercantil de Madrid IX, don Alberto Yusta Benach, de fecha 4 de julio de 2018.

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.

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 resulta por un lado que los socios minoritarios presentan su solicitud en el registro mercantil en fecha 12 de enero de 2018 y, por otro, que la sociedad acredita nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo por acuerdo de 17 de marzo de 2017, al acompañar fotocopia del acta notarial de la junta y escrito de aceptación del cargo.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

3. El recurso debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, la aceptación del mismo, así como la puesta a disposición de los socios solicitantes del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2017. En este sentido conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario que, de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia del requerimiento realizado por este Centro Directivo, ha sido debidamente acreditada la puesta a disposición de los socios solicitantes del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2017. Por tanto, 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la estimación del recurso.

Por tanto debe concluirse que: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la puesta a disposición del informe realizado por el auditor nombrado por la sociedad que, por otra parte, había sido designado con anterioridad a la petición del socio minoritario; 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 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. No obstante, 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.

5. Por otra parte, de la resolución del registrador mercantil de 15 de marzo de 2018 resulta que la sociedad solicitó la inscripción del nombramiento de auditor en fecha 26 de febrero de 2018 (Asiento 31 del Diario 2824), siendo calificada defectuosamente el día 12 de marzo de 2018. Con posterioridad, y según resulta de los antecedentes dichos, y así obra en el expediente, tiene entrada en este Centro Directivo oficio remitido por el mismo registro mercantil al que se acompaña el informe de auditoría.

En este sentido, 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 llevar a cabo 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 procedería 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 debería 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).

6. Esta es la situación que en un primer momento de interposición del recurso se produce en el supuesto de hecho, en el que resulta del expediente que se solicitó la inscripción del nombramiento de auditor voluntario, inscripción que de haberse practicado enervaría la solicitud del socio minoritario de acuerdo a la doctrina expuesta más arriba.

En este primer momento de interposición de recurso, del expediente no resulta la firmeza de la situación registral por cuanto presentada la solicitud de la inscripción del nombramiento de auditor en fecha 26 de febrero de 2018 (Asiento 31 del Diario 2824), fue calificada defectuosamente el día 12 de marzo de 2018 encontrándose vigente. Por tanto, resulta la 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 procedería el pronunciamiento del registrador de acuerdo con el contenido del Registro.

En esta situación resultaría procedente la resolución del registrador mercantil recurrida de «dejar en suspenso el nombramiento de auditor durante el plazo de vigencia del asiento (Asiento 31 del Diario 2824), procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado si durante ese periodo no se inscribe, se aporta el informe de auditoría correspondiente o se acredita fehacientemente la entrega de dicho informe al solicitante». Y, en consecuencia, en principio, y con arreglo a lo anterior, procedería ratificar la resolución del registrador mercantil de Madrid IX, don Alberto Yusta Benach, de fecha 4 de julio de 2018.

7. No obstante lo anterior, ya en sede de recurso, y con fecha 6 de julio de 2018 tiene entrada en esta Dirección General oficio remitido por don

Alberto Yusta Benach, registrador mercantil de Madrid IX, de fecha 4 de julio de 2018, en el que se hace constar que con fecha 2 de julio de 2018, don José Luis Garcelán Estévez presenta escrito en el registro mercantil al que acompaña el informe de auditoría realizado por el auditor nombrado por la sociedad, a los efectos de tener por presentado su escrito y aportado el informe de auditoría, solicitando se deje sin efecto el nombramiento de auditor y archivando el expediente. Aportación de auditoría voluntaria en fase de recurso que enerva el derecho de los socios minoritarios a la verificación contable al acreditarse el cumplimiento de las dos condiciones concurrentes: a) Que el nombramiento es anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantiza el derecho del socio al informe de auditoría por su incorporación al expediente en fecha 2 de julio de 2018.

En este sentido, 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas).

De conformidad con las consideraciones anteriores esta Dirección General resuelve estimar el recurso, no siendo procedente la designación de auditor dado que el interés de los solicitantes ha quedado debidamente cumplimentado con la aportación del informe de verificación al expediente.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de registrador mercantil de Madrid IX, don Alberto Yusta Benach, de fecha 15 de marzo de 2018, en los términos expuestos, al entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado con la puesta a disposición de los solicitantes del referido informe.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 julio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 21 de julio de 2018

En el expediente 65/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Expert One Business Project, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 21 de marzo de 2018 dirigido al registro mercantil de Murcia, en el que tuvo su entrada el día 26 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 administrador único de «Nanobytes Informática y Telecomunicaciones, S.L.», a su vez titular de más del 5% del capital social de «Expert One Business Project, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 12 de abril de 2018 alegando, en esencia, que el solicitante ha tenido acceso a toda la información que ha requerido, con lo que su derecho a la información ha sido respetado en todo momento, motivos económicos, en tanto que la auditoría supone un perjuicio económico a la sociedad, y mala fe en la actitud con la que actúa el solicitante.

III

El registrador mercantil de Murcia II, don Bartolomé Nieto García, dictó resolución de fecha 13 de abril de 2018, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

IV

Don ….., representante persona física de la mercantil «Expert One Centro de Servicios de Tecnología, S.L.», sociedad que es administrador único de la entidad mercantil denominada «Expert One Business Project, S.L.», por escrito de fecha 4 de mayo de 2018, que tuvo entrada el mismo día 4 de mayo en el registro mercantil de Murcia, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición, y 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 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públi-

cas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, por lo que se refiere a la alegación del supuesto conocimiento de la marcha de la sociedad por parte del solicitante al haber puesto la sociedad a disposición del socio toda la información que ha requerido, no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento de la marcha de la sociedad y de las cuentas de la misma *(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.* 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» (artículo 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio por el que se aprueba la Ley de Auditoría de Cuentas).

2. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad de modo que le ocasionaría un perjuicio económico, 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 de perjuicio económico que la petición comporta para la sociedad (artículo 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 interpreta-

ción, por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

3. Finalmente, por lo que hace a la alegación relativa a la mala fe por parte 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 (artículo 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 (artículo 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. 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 2017

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Murcia II, don Bartolomé Nieto García, dictada con fecha 13 de abril de 2018, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 12 de julio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Murcia.

Resolución de 27 de julio de 2018

En el expediente 63/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Asociados Parcela 24.000, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 7 de marzo de 2018, 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 2017.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, esencialmente: 1.º Que el solicitante conoce que la junta general de socios adoptó el acuerdo en fecha 22 de diciembre de 2016 de nombramiento de auditor para los ejercicios 2017-2019 a pesar de la inactividad social provocada por determinada revisión del Plan General de la ciudad. 2.º Que el solicitante no ha expresado la causa de la solicitud ni ha justificado su condición de socio. 3.º Que dado el bloqueo del folio de la sociedad no puede llevarse a cabo la inscripción del nombramiento obligándose la sociedad a poner en manos del solicitante el ejemplar de la auditoría en cuanto esté realizada.

El escrito anterior se acompaña de copia del presupuesto de servicios profesionales de auditoría de cuentas de determinada sociedad de auditoría. Así como copia de la convocatoria realizada al socio con el orden del día en el que se incluye la aprobación de nombramiento de auditor para los citados ejercicios. También se incluye copia del acta de la junta general realizada el día 22 de diciembre de 2017 en la que, asistiendo el 71,56% del capital social, se aprueba por unanimidad de los asistentes el punto relativo a la designación de auditores para el periodo señalado.

III

El registrador mercantil de Melilla, don Juan Pablo García Yusto dictó resolución en fecha 26 de marzo de 2018 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 25 de abril de 2018, que tuvo entrada el 2 de mayo 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, a los que añade, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que se han incumplido los cinco días de que disponía el Registro Mercantil de Melilla para contestar a la oposición pues presentada el día 19 de marzo, se contesta el día 26 siguiente y se recibió por la sociedad el día 4 de abril, solicitándose la nulidad del procedimiento. 2.º Que la resolución del registrador descarga la prueba de la legitimación en la sociedad lo que no es posible a la luz del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil. Que además están diversas ampliaciones de capital no inscritas por el bloqueo del Registro. Que es cierto que no discuten la condición de socio del solicitante, pero sí que ostente el porcentaje de capital suficiente. 3.º Que es el propio bloqueo del Registro el que impide la inscripción del auditor voluntario, bloqueo que deriva de la existencia de un auditor designado para la verificación de las cuentas del año 2016. Que la sociedad ha acreditado la designación de auditor para el ejercicio 2017 pese a no estar obligada. Que la reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado permite el depósito de cuentas aun en ausencia de auditoría en los casos en que no es preceptiva y aunque exista auditor voluntario inscrito. Que la sociedad muestra su total desacuerdo en la comunicación enviada por el auditor designado para el ejercicio 2016 relativa a la imposibilidad de llevar a cabo los trabajos de auditoría, así como las afirmaciones que hace el registrador en su resolución. Que la sociedad nunca se ha negado a la realización de la auditoría siendo el único motivo la imposibilidad de hacer frente a la provisión de fondos solicitada. 4.º Que la sociedad no tiene obligación de auditar sus cuentas lo que unido a su escasa actividad y su falta de recursos le impide soportar este gasto cada año. Que la auditoría del ejercicio 2016 (sic) fue solicitada por el mismo socio que ahora la reclama del Registro Mercantil a pesar de conocer el acuerdo unánime de la junta en sentido afirmativo. Que en breve se dispondrá del informe preceptivo lo que resolvería la solicitud del socio por lo que se solicita la paralización del procedimiento hasta el mes de mayo para que la sociedad pueda abrir el folio registral e inscribir la designación de auditor para 2017.

V

Requerida por esta Dirección General de los Registros y del Notariado la sociedad para que aportara el informe de verificación, ha sido recibida contestación en fecha 4 de julio de 2018 en la que la sociedad pone de manifiesto que en breve aportara al expediente el citado informe. A la fecha de la presente y transcurrido en exceso el plazo anterior no se ha aportado informe alguno al expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 General se ha manifestado en numerosas ocasiones sobre el objeto del presente expediente (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). De acuerdo con la doctrina asentada de este Centro Directivo 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 provoca la presente la sociedad, en su escrito de oposición y en el posterior de recurso, afirma tener contratados los servicios de auditoría para la verificación de las cuentas del último ejercicio. Ante las alegaciones formuladas en ambos escritos y de conformidad con la previsión del artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, esta Dirección procedió a requerir a la sociedad para que en el curso del plazo de quince días procediera a justificar la adopción de alguna de la anteriores acciones sin que hasta la fecha de la presente lo haya llevado a cabo. Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

3. Con independencia de lo anterior, ninguno de los argumentos de contrario puede enervar la afirmación anterior.

En primer lugar porque no es procedente la afirmación del escrito de oposición de que no se ha expresado la causa 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, y como más recientes las de 12 de mayo, 4 de julio, 23 de septiembre y 23 de noviembre de 2016).

Tampoco se puede estimar la afirmación del escrito de oposición de que el solicitante no acredita su condición de socio. En el posterior escrito de recurso se matiza dicha afirmación en el sentido de que no se cuestiona su condición pero si el porcentaje que afirma ostentar sobre el capital social. 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 caso que nos ocupa la sociedad no ha aportado prueba alguna demostrativa de que el solicitante carece del porcentaje de capital que afirma. Corresponde en definitiva a la sociedad que afirma que el solicitante carece de legitimación, por ausencia del necesario porcentaje de capital, probar o presentar un principio de prueba que contradiga la pretensión del solicitante, lo que no ha tenido lugar en este expediente.

También es inaceptable la pretensión de declaración de nulidad del procedimiento fundamentado en la afirmación de que el registrador ha sobrepasado el plazo de días para resolver. Como resulta del propio escrito de recurso la

oposición, presentada el día 19 de marzo, fue contestada el día 26 del mismo mes. Dispone el artículo 30.2 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas lo siguiente: «Siempre que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea no se exprese otro cómputo, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos.» Dado que los días 24 y 25 del mes de marzo de 2018 eran sábado y domingo, resulta evidente que la resolución del registrador fue tempestiva. Pero es que aun si no fuera así no existiría motivo suficiente para acordar la nulidad del expediente. Como pone de relieve el artículo 48.2.3 de la reiterada Ley de Procedimiento Administrativo: «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. 3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.»

El hecho de que el registro se encuentre cerrado tampoco enerva el contenido de la presente pues, como queda explicado por extenso, en dicho supuesto la sociedad puede traer al expediente el informe de verificación llevado a cabo por el auditor voluntario designado. Afirma el escrito de recurso que la causa del cierre es la falta de depósito de las cuentas auditadas del anterior ejercicio. Con independencia de que siendo la sociedad la obligada al depósito de las cuentas junto al informe de auditoría (artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital), la responsabilidad del cierre se predica de la propia sociedad, lo cierto es que es irrelevante el motivo que lo haya causado pues como resulta de los hechos esta Administración ha proporcionado una alternativa a la sociedad, alternativa consistente en la aportación del informe de auditoría que no se ha llevado a cabo.

Y es que en última instancia y como resulta del escrito de recurso, la sociedad no ha procedido a la provisión de fondos solicitada por el auditor designado por Registro Mercantil para el anterior ejercicio 2016, provisión a la que tiene derecho conforme al artículo 267.3 de la Ley de Sociedades de Capital. La alegación de que la sociedad no puede hacer frente al pago de la auditoría no puede recibir el amparo de esta Dirección. 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 (artículo 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 Melilla, don Juan Pablo García Yusto de fecha 26 de marzo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Melilla.

Resolución de 1 de agosto de 2018 (1.ª)

En el expediente 74/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rivera Via, S.L.».

HECHOS

I

Doña D.G.L. presentó escrito de fecha 28 de marzo de 2018 dirigido al Registro Mercantil de Tarragona, 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 «Rivera Via, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Traslada la petición a la sociedad, no consta en este expediente oposición de la misma al nombramiento solicitado.

III

El registrador mercantil de Tarragona, dictó resolución de fecha 16 de abril de 2018, por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada, resolviendo la procedencia del mismo.

IV

Doña ….., en nombre y representación de la sociedad, por escrito de fecha 30 de abril de 2018, interpuso recurso contra dicha resolución, alegando, en esencia: 1. Inexistencia de justa causa para la designación de auditor, 2. Gasto totalmente innecesario que supondría para la sociedad y, 3. Actuación fraudulenta y ejercicio desleal de la facultad utilizada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, y en lo que se refiere a la alegación relativa a la inexistencia de justa causa para la designación de auditor, es doctrina consolidad de esta Dirección General 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 (artículos 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.

2. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, de modo que, según manifiesta la recurrente, la petición ocasionaría un gasto totalmente innecesario, 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 gasto totalmente innecesario que la petición comporta para la sociedad (artículo 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. Por lo que se refiere a la alegación relativa a la actuación fraudulenta y ejercicio desleal de la facultad utilizada por parte 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 (artículo 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 (artículo 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. Lo anterior, unido al cumplimiento por la 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 la socia 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Tarragona, de fecha 16 de abril de 2018, por la que estima la solicitud 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 Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 1 de agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Tarragona.

Resolución de 1 de agosto de 2018 (2.ª)

En el expediente 75/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Propostes Creatives, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito dirigido al Registro Mercantil de Tarragona, en el que tuvo su entrada el 26 de marzo de 2018 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 «Propostes Creatives, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Traslada la petición a la sociedad, ésta se opuso a la pretensión de la socia por medio de escrito de fecha 6 de abril de 2018, suscrito por don …..., en su condición de legal representante de la sociedad, según manifiesta, alegando, en esencia, abuso de derecho y mala fe por parte de la solicitante.

III

El registrador mercantil de Tarragona, dictó resolución de fecha 10 de abril de 2018, por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada, resolviendo la procedencia del mismo.

IV

Don ….., en su condición de legal representante de la sociedad, según manifiesta, por escrito de fecha 7 de mayo de 2018, que tuvo su entrada en el registro mercantil de Tarragona el 11 del mismo mes y año, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se basan en el abuso de derecho y mala fe por parte de la solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso, en los términos en que está planteado, no puede prosperar. Así, en cuanto a la alegación única relativa al abuso de derecho y mala fe por

parte 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 (artículo 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 (artículo 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. Lo anterior, unido al cumplimiento por la 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 la socia 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Tarragona, de fecha 10 de abril de 2018, por la que estima la solicitud 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 Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 1 de agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Tarragona.

Resolución de 1 de agosto de 2018 (3.ª)

En el expediente 85/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Vilma Oil, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 20 de marzo de 2018 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 21 del mismo 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 «Vilma Oil, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

Además, en el referido escrito solicitó se llevaran a cabo «cuantas actuaciones procedan para adecuar la realidad registral a la extrarregistral, evitando que en el Registro Mercantil siga constando la inscripción número 18.ª de nombramiento de auditor de Vilma Oil para los ejercicios 2017 a 2019 pues en fecha 31 de diciembre de 2017, no había nombrado o elegido, por los cauces que exige la LSC».

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 4 de abril de 2018 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo día 4 de abril de 2018 alegando, en esencia: 1.º que al amparo de lo dispuesto por el artículo 22.1 de la Ley 22/2015 de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, el Administrador Único de la Sociedad ha acordado la prórroga tácita del nombramiento de QS Audit Consultor, S.L.P. (N.I.F. B-63024368 y n.º de ROAC S-1510) como auditor de cuentas para los ejercicios 2017, 2018 y 2019 y 2.º, que a la fecha de la presentación de la instancia la sociedad contaba con un auditor de cuentas debidamente nombrado e inscrito, inscripción que se produjo tras la notificación por la sociedad al registro mercantil de Madrid de la existencia de una prórroga tácita del nombramiento del último auditor de cuentas nombrado por la sociedad, esto es, la sociedad QS Audit Consultor, S.L.P.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don José María Méndez-Castrillón, dictó resolución de fecha 11 de abril de 2018, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita, según resulta de la inscripción 18.ª practicada el día 13 de febrero de 2018 en la hoja M-177.716 abierta en el registro mercantil.

IV

Don ….., por escrito fechado el 7 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día 5 de mayo de 2018 en el Servicio Postal de Correos, interpuso recurso contra dicha resolución, aduciendo como esencial motivo de recurso la infracción de los artículos 160, b), 264 y 265 de la ley de sociedades de capital, ausencia de nombramiento por parte de la junta general de los auditores designados por la sociedad y solicitando, en consecuencia, tener por presentado su escrito y por interpuesto, en tiempo y forma, recurso tanto contra la resolución del registrador mercantil número XIII de Madrid de fecha 11 de abril de 2018 por la que se estima la oposición de Vilma Oil, S.L., como contra la inscripción de la renovación del auditor de cuentas de la sociedad Vilma Oil, S.L., habida cuenta de que a 31 de diciembre de 2017 la sociedad no había nombrado/reelegido un auditor de cuentas conforme al procedimiento que exige la LSC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, artículo 20 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, artículo 7 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y 1.º de la Ley Hipotecaria, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Como cuestión previa, y en cuanto al recurso contra la inscripción ya practicada de la renovación del auditor de cuentas de la sociedad Vilma Oil, S.L., hay que recordar lo dispuesto en el art. 20.1. del Código de Comercio, según el 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», por su parte, también en el ámbito mercantil, el artículo 7.º del Reglamento del Registro Mercantil dispone que «1. El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad»; en el mismo sentido, el párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, dispone que «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley».

2. En segundo lugar, y en cuanto a la alegación, como esencial motivo de recurso, de infracción de los artículos 160, b), 264 y 265 de la ley de sociedades de capital, ausencia de nombramiento por parte de la junta general de los auditores designados por la sociedad, hay que tener en cuenta que en el supuesto que da lugar a la presente se solicita por parte de la sociedad, con anterioridad a la presentación de la instancia –que tuvo su entrada en el registro mercantil el 21 de marzo de 2018–, la inscripción del nombramiento de auditor; la inscripción se lleva a cabo y el auditor voluntario es inscrito en el Registro Mercantil, según resulta de la inscripción 18.ª practicada el día 13 de febrero de 2018 en la hoja M-177.716 abierta en el registro mercantil, según se ha señalado en los antecedentes de hecho.

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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

La solicitud de inscripción de la auditoría ha sido además anterior a la presentación de la instancia como resulta del expediente e, incluso, la propia inscripción ha sido anterior a dicha solicitud; si a lo anterior, se le añade: 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 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. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, José María Méndez-Castrillón, de fecha 11 de abril de 2018, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 1 de agosto de 2018 (4.ª)

En el expediente 102/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ala Oeste Inversiones, S.L.»

HECHOS

I

Doña ….., en su condición de apoderada de la sociedad belga «Top Locations, N.V.», cuyo administrador es a su vez la mercantil «Top Locations España, S.L.», presentó escrito de

fecha 20 de marzo de 2018 dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 28 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 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 2017. En concreto, alega ser la sociedad «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 16 de abril de 2018, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Barcelona el 17 de abril del mismo año, suscrito por don ….., en su calidad de administrador, según manifiesta, de la mercantil «Ala Oeste Inversiones, S.L.», se opuso a la pretensión del socio, alegando, en esencia, y en lo que a este expediente interesa:

1. Imposibilidad de llevar a cabo la auditoría de las cuentas de 2017 al no haber finalizado el expediente anterior incoado para la auditoría de las cuentas 2016.

2. 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 hasta entonces 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.

Con el citado escrito de oposición se acompañaba fotocopia de los documentos que el oponente consideró pertinentes.

III

El registrador mercantil de Barcelona XVII, don Fernando de la Puente Alfaro, dictó resolución de fecha 24 de abril de 2018 por la que resolvió no admitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito de fecha 24 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día 28 de mayo del mismo año en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición a que se hace referencia en el antecedente II y 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 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públi-

cas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso, en los términos en que está planteado, no puede prosperar. Así, en cuanto a la alegación, en la práctica única dada la conexión entre ambas alegaciones expresadas en los antecedentes, relativa a la inexistencia del objeto de auditoría no pudiendo realizarse la auditoría por imposibilidad absoluta, al no haber formulado la sociedad las cuentas de ejercicios anteriores, 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).

Por lo demás, 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).

2. 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 2017.

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 Alfaro, fecha 24 de abril de 2018, por la que resolvió no admitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 1 de agosto de 2018 (5.ª)

En el expediente 109/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ice Coaching, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 20 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 22 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de la mercantil «Ice

Coaching, S.L.» (titular del 33,33 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 23 de marzo de 2018 en el domicilio social, siendo recibida el día 6 de abril.

El día 11 de abril se presenta en el Registro Mercantil de Madrid escrito de fecha 10 de abril suscrito por don ….., administrador único de la mercantil «Ice Coaching, S.L.», en el que indica que no se le ha dado traslado de la documentación aportada por el solicitante acreditativa de su condición de socio.

Mediante resolución del Registro Mercantil de Madrid se atiende a dicho requerimiento dándole traslado de fotocopia de la escritura de constitución de la sociedad autorizada ante don Ricardo Ferrer Giménez el 24 de octubre de 2007 y de la escritura de compra de participaciones sociales autorizada por el mismo Notario el 26 de marzo de 2012 justificativas de la condición de socio del solicitante.

III

La mercantil formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 25 de abril de 2018 presentado el día siguiente alegando que «no se justifica que lo sea en la actualidad, cuanto menos, afirmarlo». Asimismo, indica el administrador único, que el instante del procedimiento no había solicitado con anterioridad el nombramiento de auditor ni a la Junta General ni al órgano de administración de la mercantil.

IV

La registradora mercantil de Madrid, doña Carmen de Grado Sanz, dictó resolución de fecha 7 de mayo de 2018 por la que acordó «desestimar la oposición de la sociedad «Ice Coaching, S.L.», procediendo la designación de auditor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2017 de la citada sociedad».

V

Don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 7 de mayo, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de oposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 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.

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.

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. 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 (artículo 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). De este modo la calificación registral se extiende a la legitimación del solicitante, acreditando ser titular del al menos el 5% del capital social; el cumplimiento del plazo de tal solicitud, que se haga en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social; y que la sociedad no haya enervado el derecho del socio minoritario conforme a lo anteriormente expuesto.

3. En el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar por ninguno de los dos motivos alegados.

En primer lugar, no ha quedado desvirtuada la legitimidad del solicitante pues junto con el escrito que dio lugar al inicio del expediente se acompañaron copia de de la escritura de constitución de la sociedad autorizada ante don Ricardo Ferrer Giménez el 24 de octubre de 2007 y de la escritura de compra de participaciones sociales autorizada por el mismo Notario el 26 de marzo de 2012 justificativas de la condición de socio del solicitante aportando el requerido principio de prueba de legitimidad del solicitante. Dicho principio no ha sido desvirtuado por la sociedad al no aportar prueba alguna que contradiga el mismo, vertiendo sólo manifestaciones que ni siquiera niegan tal legitimación. Efectivamente, la sociedad pretende que el socio solicitante afirme que es «propietario a la fecha de presentación de la solicitud», manifestación que de manera expresa se realiza en los apartados primero y segundo de la instancia de solicitud. Por tanto, el presente motivo de recurso no puede prosperar.

4. En segundo lugar, se indica en el escrito de recurso que tal solicitud no se ha formulado previamente ni a la Junta General ni al órgano de administración de la sociedad. Es constante doctrina de este Centro Directivo 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 (artículos 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. Por tanto, el presente motivo de recurso tampoco puede prosperar.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid, doña Carmen de Grado Sanz, de fecha 7 de mayo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 1 de agosto de 2018 (6.ª)

En el expediente 110/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Servicios Micón, S.A.»

HECHOS

I

Don D.B.C. presentó un escrito de fecha 27 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, 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 «Servicios Micón, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

Acompaña a su solicitud copia de la escritura autorizada el día 24 de diciembre de 2003 ante el notario de Venta de Baños don Juan Carlos Villamuza Rodríguez por la que don J.B.R. como titular de 1101 acciones de la sociedad Servicios Micón S.A. (números 1401 a 2501) y con el consentimiento de su esposa doña y doña P.C.G., las vende a don D.B.C., que las compra.

II

Llevado a cabo por el Registro Mercantil el oportuno traslado de la solicitud en fecha 3 de abril de 2018, la sociedad no se opuso a la pretensión del socio. Consta justificante de recibo de la notificación con fecha 16 de abril de 2018.

III

El registrador mercantil de Zaragoza n.º 1, don Joaquín José Rodríguez Hernández dictó resolución en fecha 26 de abril de 2018 por la que acordó estimar la solicitud y proceder al nombramiento del auditor solicitado. El designado notifica al Registro Mercantil su imposibilidad de hacerse cargo de la auditoría por lo que por parte del mismo registrador se procede a la designación de un nuevo auditor mediante resolución de fecha 14 de mayo de 2018 y procede a su inscripción en la hoja correspondiente.

IV

Don C.G.O., como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 4 de junio de 2018, que tuvo entrada el día 11 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Zaragoza, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que el solicitante carece de la condición de socio pues si bien es cierto que adquirió 1101 acciones representativas del capital social mediante escritura pública de fecha 24 de diciembre de 2003 ante el notario de Venta de Baños con posterioridad las transmitió mediante escrituras de fecha 31 de enero de 2006 autorizadas por el notario de Valladolid don Julián Manteca Alonso Cortes, copia de las cuales se acompañan. Que resultando que el solicitante carece de la condición de socio no se da el presupuesto exigido por el artículo 265.2 por lo que la resolución del registrador mercantil es nula de pleno derecho. 2.º Que, además, la sociedad se encuentra en situación de inactividad por lo que la solicitud de auditoría no es más que una maniobra torticera de un socio inexistente.

De la documentación que acompaña al escrito de recurso resulta:

a) De la escritura autorizada en Valladolid por su notario don Julián Manteca Alonso Cortes, 319 de su protocolo, resulta que don D.B.C., debidamente representado, y como titular de 1100 acciones de la sociedad Servicios Micón S.A., (números 1401 al 2500), las vende a don A.E.G.G., que las compra.

b) De la escritura autorizada en Valladolid por su notario don Julián Manteca Alonso Cortes, 320 de su protocolo, resulta que don D.B.C., debidamente representado, y como titular de una acción de la sociedad Servicios Micón S.A., (número 2501), la vende a doña M.C.R.V., que la compra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públi-

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

1. El único motivo de recurso se fundamenta en la falta de legitimación del solicitante al carecer de la condición de socio. 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 (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, entre otras muchas).

2. Así ocurre en el supuesto de hecho en el que si bien es cierto que el solicitante ha aportado al expediente la escritura pública autorizada el día 24 de diciembre de 2003 ante el notario de Venta de Baños don Juan Carlos Villamuza Rodríguez por la que adquirió 1101 acciones de la sociedad Servicios Micón S.A. (números 1401 a 2501), no lo es menos que la sociedad ha aportado copia de las escrituras reflejadas en los hechos y de las que resulta la enajenación de esas mismas acciones. Procede en consecuencia la estimación del recurso por falta de legitimación del solicitante sin perjuicio de que si la parte solicitante 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.

3. Sin perjuicio de lo anterior esta Dirección General considera oportuno llamar la atención sobre el modo en que debe desarrollarse el procedimiento de designación de auditor tal y como está reflejado en las normas del Reglamento del Registro Mercantil. De acuerdo con las mismas, tras la solicitud del interesado y tras el trámite de oposición de la sociedad (artículo 354.1), procede que el registrador se pronuncie sobre la pertinencia de la solicitud (artículo 354.3), y sólo cuando la misma deviene firme (artículo 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), es cuando se lleva a cabo el trámite de designa-

ción de un auditor concreto (artículos 354.3 y 358 del Reglamento del Registro Mercantil).

Este esquema de cosas se reproduce cuando no existe contestación de oposición de la sociedad tras ser notificada por el registrador mercantil de la existencia de la solicitud de designación de auditor. Transcurrido el plazo previsto reglamentariamente para la contestación es cuando el registrador mercantil debe emitir su resolución sobre la procedencia o no de dar cauce a la solicitud. Esta resolución ha de ser notificada a ambas partes y, en caso de que se trate de resolución estimatoria, sólo cuando haya transcurrido el plazo oportuno para su impugnación, deviniendo firme, es cuando procede la designación de un auditor concreto. Es cierto que el artículo 354.4 del Reglamento del Registro Mercantil parece dar a entender que la designación de auditor ha de hacerse directamente tras el transcurso del plazo sin que la sociedad haya contestado, pero lo cierto es que frente a su previsión prevalecen las normas de rango legal del procedimiento administrativo que exigen la notificación al interesado de toda resolución que le afecte a fin de que ejercite, en su caso, las acciones que procedan en defensa de su derecho.

Como resulta del artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: «1. 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.» De otro modo se podría comprometer gravemente el derecho de recurso de la sociedad (artículo 112 de la Ley de Procedimiento), incluso provocando la nulidad del expediente (artículo 47 del mismo texto legal).

Este modo de proceder es, además, mas conforme con el procedimiento registral en el que la consignación en la hoja correspondiente del nombramiento de auditor no se lleva a cabo hasta que la situación deviene firme evitando designaciones en vacío y asientos innecesarios.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Zaragoza n.º 1, don Joaquín José Rodríguez Hernández de fecha 14 de mayo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Zaragoza.

Resolución de 1 de agosto de 2018 (7.ª)

En el expediente 115/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Golf de Valdeluz, S.L.»

HECHOS

I

Don I.F.M.V., actuando como administrador único de la sociedad «El Arverjal S.L.» presentó un escrito de fecha 23 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, 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 su representada de más del 5% del capital social de «Golf de Valdeluz, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que la sociedad tiene designado auditor voluntario para la verificación de las cuentas de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017. Adjuntan a su escrito otro en el que notifican a determinada sociedad de auditoría la decisión de contratar sus servicios con la finalidad expuesta.

Por diligencia de fecha 19 de abril de 2018, el registrador mercantil otorga el plazo previsto en el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para que la sociedad acredite haber solicitado la inscripción del nombramiento de auditor en la hoja de la sociedad, para que se aporte el informe de verificación al expediente o bien que se justifique haberlo puesto a disposición del socio solicitante.

En fecha 8 de mayo de 2018 se presenta la documentación en virtud de la que se solicita la práctica de la inscripción de nombramiento de auditor.

III

El registrador mercantil de Madrid n.º 12, don Adolfo García Ferreiro dictó resolución en fecha 30 de mayo de 2018 por la que acordó suspender el procedimiento de designación de auditor durante el plazo de vigencia del asiento de presentación a que se refiere el anterior epígrafe que ha sido calificado con defectos.

IV

Don I.F.M.V., en la representación que ostenta, por escrito de fecha 13 de junio de 2018, que tuvo entrada el día 15 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resu-

midamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que de la documentación aportada por la sociedad no resulta ninguna fecha fehaciente que acredite que es anterior a la fecha de la solicitud de designación de auditor. 2.º Que la presentación de la documentación que presenta la sociedad a requerimiento del registrador mercantil relativa a la supuesta designación de auditor no se produce hasta casi dos meses después de hacer efectiva la solicitud, lo que confirma la sospecha de que el encargo a la sociedad de auditoría se hiciera con posterioridad. 3.º Que la documentación aportada es un mero encargo y no un contrato de realización de auditoría por lo que no debería enervar la solicitud del socio, contrato que en cualquier caso debería ser de fecha anterior fehaciente de acuerdo con la propia doctrina de la Dirección General. Que la documentación aportada no reúne ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 1227 del Código Civil, con cita de jurisprudencia.

Don F.J.F.P., como presidente del consejo de administración de la sociedad Golf de Valdeluz S.L., presenta escrito de fecha 4 de julio de 2018 del que resulta la afirmación de que la legitimación notarial de la firma del escrito de designación de auditor es de fecha 27 de marzo de 2018 lo que deja sin justificación toda la argumentación del recurrente al ser la fecha de entrada de su solicitud de un día posterior, día 28 de marzo de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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. Presentada solicitud de designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y ante la alegación de la sociedad de que tiene auditor designado, el registrador le concede el plazo previsto en el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas para que justifique la oportuna solicitud de inscripción o la realización del informe de verificación, de acuerdo a la consolidada doctrina de esta Dirección. Presentada en el Registro Mercantil por la sociedad la documentación para que se proceda a la inscripción de la designación de auditor voluntario, es calificada con defectos por lo que el registrador procede a dictar la resolución de suspensión que es objeto de recurso.

Esta puntualización es de importancia singular dados los términos en que se pronuncia el escrito de recurso. El objeto de la presente no es determinar si dicha documentación puede o no acceder al Registro Mercantil (cuestión que se ventila por los trámites previstos en el Reglamento del Registro Mercantil para la rogación de inscripciones), sino si la resolución de suspensión es conforme a derecho habida cuenta de la situación descrita.

2. Establecido lo anterior, no cabe sino confirmar la resolución del registrador mercantil y desestimar el recurso. En el expediente que da lugar a la presente se da la circunstancia de que al tiempo de expedir la resolución impugnada la documentación por la que se solicita la inscripción de la desig-

nación de auditor voluntario constaba presentada en el Registro Mercantil si bien calificada con defectos. En esta situación lo correcto es suspender la tramitación del expediente de nombramiento de auditor por cuanto del propio Registro resulta una indeterminación sobre la situación fáctica que determina la concurrencia de la legitimación del solicitante. 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.

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 pertinencia 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 se resuelve en la posterior inscripción por la subsanación de los defectos observados, o si se resuelve en la caducidad del asiento de presentación, la situación registral devendrá firme y en su virtud deberá el registrador resolver el expediente de designación de auditor.

Si la calificación negativa 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. Sin perjuicio de lo anterior y con el ánimo de contestar en la medida de lo posible al escrito de recurso, esta Dirección considera conveniente llevar a cabo el siguiente pronunciamiento. Si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013, 24 de junio y 24 de octubre de 2014, 7 de mayo y 24 de septiembre de 2015 y 13 de mayo y 23 de noviembre de 2016). En el supuesto de este expediente, y sin necesi-

dad de pronunciarse ahora sobre la existencia o no de fecha fehaciente, lo cierto es que es doctrina de esta Dirección que no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario, que de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 12, don Adolfo García Ferreiro de fecha 30 de mayo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 1 de agosto de 2018 (8.ª)

En el expediente 116/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de una socia de «Iberocanaria Construcciones S.A.»

HECHOS

I

Doña M.I. de E.G.R. presentó un escrito de fecha 17 de abril de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Gran Canaria, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de «Iberocanaria Construcciones S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta:

a) De acta notarial autorizada por el notario de Maspalomas don Valentín Concejo Arranz el día 13 de marzo de 2018, número 844 de protocolo, que la junta general de la sociedad se reunió el día 13 de marzo de 2018. En dicha junta asistió, debidamente representado, el cien por cien del capital social para debatir sobre el orden del día que, entre

otras cuestiones que no son de interés para la presente, y en referencia a la solicitante resulta lo siguiente: Que como consecuencia de su manifestación de no haber asistido a la junta general universal y extraordinaria de fecha 12 de junio de 2017, se ha convocado junta general confirmatoria de los extremos aprobados en la precitada de fecha 12 de junio … y como punto 3.º Informe del administrador sobre las alegaciones realizadas por doña M.I. de E.G.R. Propuesta de los socios y acuerdos a tomar para la confirmación, en su caso, de los acuerdos alcanzados en junta general universal y extraordinaria de 12 de junio de 2017.

Declarada la válida constitución de la junta, el presidente propone la probación/ratificación de los acuerdos que en su día ya fueron aprobados en la junta general de 12 de junio de 2017 a los efectos de que el registrador mercantil proceda a su inscripción bien mediante la escritura de elevación a público del acta de la junta de dicha fecha bien, subsidiariamente, mediante la escritura de elevación de los presentes acuerdos. El representante de la hoy solicitante manifiesta que su representada no asistió a la junta de 12 de junio de 2017 por lo que no podía existir ninguna junta universal. El resto de socios, debidamente representados, aprueban por mayoría y/o se ratifican dichos acuerdos. El presidente declara adoptado el acuerdo consistente en confirmar los acuerdos alcanzados en la junta general universal y extraordinaria de 12 de junio de 2017.

En la misma acta resulta que todos los socios, salvo la hoy solicitante, consideran que no se reconoce su derecho de separación y que no se tiene por válida su valoración.

b) Que en fecha 5 de abril la solicitante notificó mediante burofax a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación con propuesta de valoración de sus acciones y de designación de experto.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitud de la socia obedece a obtener un precio por sus acciones muy superior al de mercado. 2.º Que la sociedad no reconoce su derecho de separación como se le hizo saber en la junta general de 13 de marzo de 2018. 3.º Que la regulación contempla la designación de auditor y no de experto. 4.º Que igualmente la regulación normativa se refiere al valor real y no al valor razonable. 5.º Que en cualquier caso nada hay que valorar pues las cuentas anuales fueron aprobadas en la misma junta general y en ellas se refleja el valor real. 6.º Que una solicitud similar ya fue rechazada por el Registro Mercantil.

III

El registrador mercantil de Gran Canaria n.º 2, don Adolfo Calandria Amigueti dictó resolución en fecha 15 de mayo de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las acciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don F.E.LL, actuando como representante de la sociedad, por escrito de fecha 15 de junio de 2018, que tuvo entrada el día 19 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Gran Canaria, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolu-

ción, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que la pretensión de la socia de que se designase experto ya fue rechazada por el Registro Mercantil en base a que cuando se adoptó el acuerdo de 12 de junio de 2017 no quedaba claro el ejercicio del derecho de separación; sin embargo ahora da curso a la solicitud de la socia. 2.º Que existe una deficiente interpretación de los hechos acaecidos. Que en fecha 12 de junio de 2017 la junta general y universal de la sociedad acordó su transformación en sociedad de responsabilidad limitada, acuerdo que fue elevado a público en la escritura de fecha 24 de noviembre de 2017 autorizada por el notario de Playa del Inglés don Valentín Concejo Arranz. Que notificada la socia requirió a la sociedad para que le proporcionase copia del acta de la junta; que cumplimentado el requerimiento notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de oposición en fecha 19 de diciembre de 2017; Que la administración de la sociedad en fecha 7 de febrero de 2018 remitió convocatoria de junta general para ser celebrada el día 13 de marzo de 2018 en cuyo punto tercero del orden del día se incluía la comunicación del informe del administrador a la vista de las alegaciones hechas por la hoy solicitante así como la confirmación, en su caso, de los acuerdos adoptados por la junta de 12 de junio de 2017; Que el mismo día 7 de febrero de 2017 se recibió la notificación del Registro Mercantil relativa a la solicitud que había hecho la socia de designación de experto como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación; que en fecha 15 de febrero de 2018, la sociedad presento en el Registro Mercantil acta de manifestaciones de su administrador de la que resultaba que no se reconocía el derecho de separación de la socia hoy solicitante; Que en fecha 27 de febrero de 2018 recibió la sociedad la resolución del Registro Mercantil por la que no se estimaba la solicitud de ejercicio del derecho de separación de la socia al existir discrepancias entre la socia y la sociedad sobre si ejercitó o no su derecho de separación; Que en fecha 13 de marzo se celebró junta general en la que se confirmaron por mayoría de votos los acuerdos adoptados por la sociedad el día 12 de junio de 2017. 3.º Que en base a la previsión de los artículos 346 y 348 de la Ley de Sociedades de Capital y artículo 15 de la Ley 3/209, el plazo de ejercicio del derecho de separación es el de un mes desde la adopción del acuerdo. Que el registrador ha asumido como fecha de adopción del acuerdo la del 13 de marzo de 2018 cuando el acuerdo se adoptó el día 12 de junio de 2017. Que es cierto que la socia no plasmo su firma en el acta de la junta de 12 de junio de 2017 y que, tras ser notificada de la existencia de la escritura de elevación a público, notificó su voluntad de ejercer el derecho de separación que fue rechazado por el Registro Mercantil que ahora sin embargo acepta su petición. Que dicha actuación es incorrecta pues el hecho de que ahora la socia haya comparecido en la junta y haya votado en contra no prueba que hubiera ejercido su derecho tras la junta de 12 de junio de 2017 que es lo que pedía el registrador en su anterior resolución, resultando incongruente. Que el voto emitido el día 13 de marzo de 2018 no sustituyó al emitido el día 12 de junio de 2017, acuerdo que no ha sido anulado ni sustituido sino ratificado ante la negativa de la socia a firmar el acta de 12 de junio de 2017 que provocaba la negativa del registrador a su inscripción. 4.º Que el verdadero interés de la socia es conseguir un precio elevado por su participación en la sociedad cargando a esta con unos gastos que no puede permitirse. Que la socia pretende evitar la depreciación del valor de sus acciones como consecuencia de la pérdida de valor de la sociedad debido a la pérdida del negocio que construía su giro ordinario. 5.º Que en cualquier caso el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital exige la existencia de falta de acuerdo el cual resulta imposible pues la socia lo que desea es la imposición del valor que exige, valor que está muy alejado del real constatado en la contabilidad de la empresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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. Son hechos relevantes para la resolución del presente los siguientes:

a) La junta general de la sociedad acuerda en fecha 12 de junio de 2017 la transformación de la sociedad en sociedad de responsabilidad limitada. Existe la afirmación de la hoy solicitante de que dicha junta carecía del carácter de universal porque ella no acudió a la misma.

b) El administrador de la sociedad eleva a público los acuerdos adoptados en dicha junta en escritura autorizada el día 24 de noviembre de 2017 autorizada por el notario de San Bartolomé de Tirajana, don Valentín Concejo Arranz. La escritura no se inscribe en el Registro Mercantil al resultar defectuosa.

Notificada la hoy solicitante del contenido de dicha escritura notificó a su vez el ejercicio del derecho de separación que, ante la negativa de la sociedad, fue objeto de solicitud al registrador mercantil de Gran Canaria el cual rechazó la designación de experto en resolución de 22 de febrero de 2018 porque resultaba imposible determinar si la citada junta se celebró o no con el carácter de universal.

c) El administrador vuelve a convocar junta general en cuyo orden del día se hace constar como tercer punto del orden del día la confirmación de los acuerdos adoptados en la junta de 12 de junio de 2017. La junta se celebra y con el voto en contra de la hoy solicitante se aprueba el tercer punto del orden del día.

2. Para la debida resolución de este expediente es preciso recordar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 346.3 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 15.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, prevé para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, 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 la validez de determinados acuerdos, o sobre la intención de las partes o sobre la valoración de su actuación.

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 (artí-

culo 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).

En consecuencia, el objeto de la presente se limita a determinar si concurren las circunstancias legales en virtud de las que se ejercita un derecho de separación y se solicita la designación de un experto.

3. Así las cosas, el recurso no puede prosperar. Resulta de los hechos que la sociedad ha acordado, previa su convocatoria al efecto, el acuerdo de confirmar el de transformación que en su día se adoptó pero que, por circunstancias que no constituyen el objeto de la presente, no pudo acceder al Registro Mercantil al presentar defectos que lo impedían. Resulta que la hoy solicitante ha ejercido en plazo el derecho de separación y finalmente, que ha solicitado del registrador mercantil la designación de experto en los términos a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

A los efectos de la presente no es relevante cual haya sido la posición jurídica de las partes en relación a lo acontecido el día 12 de junio de 2017 ni las acciones emprendidas para la defensa de su posición jurídica. También resulta irrelevante el rechazo a designar experto por el registrador con fundamento en aquellos hechos. Dichas actuaciones ya fueron evaluadas por el registrador mercantil y, ante la ausencia de recurso, han devenido firmes en vía administrativa. En consecuencia, nada de ello, como se afirma en las consideraciones anteriores, es objeto de valoración ahora; son antecedentes que sirven para explicar la situación actual, pero en los que no se fundamenta la presente.

Los argumentos de contrario de la sociedad no pueden enervar la anterior conclusión.

Primero, porque sin necesidad de entrar a valorar la junta celebrada el día 12 de junio de 2017, cuya valoración no forma parte del objeto de la presente, resulta con toda claridad que se ha celebrado una junta el día 13 de marzo de 2018 en la que se ha confirmado el acuerdo de transformación de la sociedad. Dicho acuerdo tiene la evidente finalidad de hacer efectiva la transformación frente a los socios y frente a terceros, incluido el Registro Mercantil, por lo que es a partir de dicha fecha (artículos 202 y 203 de la Ley de Sociedades de Capital), que desarrollan sus efectos. No es admisible la afirmación de que los efectos deben computarse desde la fecha de 12 de junio de 2017 pues es precisamente su falta, su ausencia, la que provoca la necesidad de adoptarlos de nuevo, por vía de confirmación. Si, como dice el recurrente, los acuerdos se adoptaron en fecha 12 de junio de 2017 la nueva convocatoria habría sido perfectamente innecesaria; de los hechos resulta lo contrario, precisamente porque aquellos acuerdos no podían desenvolver sus efectos se hizo precisa una nueva convocatoria y una nueva adopción de acuerdos, por mucho que el contenido de estos se haya limitado a confirmar o ratificar los anteriores.

En segundo lugar, es irrelevante que la junta de socios no haya reconocido el derecho de separación de la socia hoy solicitante. Como resulta de la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo sobre el ejercicio del derecho de separación (sentencia de nuestro Tribunal Supremo 32/2006 de 23 enero), su ejercicio depende exclusivamente del socio a quien le atribuye la Ley la posibilidad de ejercitarlo. No precisa del concurso ni del asentimiento de la sociedad.

No es preciso un pronunciamiento previo ni de la junta general de la sociedad ni de su órgano de administración. Ejercitado el derecho y notificado debidamente a la sociedad, desenvuelve sus efectos en los términos que resultan de los artículos 353 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. Como resulta de los artículos 356.2, 358 y 359 de la propia Ley, corresponde al órgano de administración ejecutar las consecuencias del ejercicio del derecho de separación (sin que la previsión contemplada en el artículo 358.1 de autorización por la junta general de autorización de adquisición, desvirtúe lo anterior). En suma, el ejercicio del derecho de separación no queda condicionado a una decisión o debate previo de la junta general de la sociedad ni depende en absoluto de lo que la misma acuerde. No cabe hablar de que el procedimiento para la designación de experto independiente hurte competencia alguna de la junta general pues carece de competencia al respecto.

También es irrelevante si entre las partes han existido o no conversaciones previas sobre la valoración de las acciones. En el supuesto de hecho resulta patente la voluntad de la socia que se separa que su participación en la sociedad sea objeto de valoración por un tercero, por un experto independiente designado por el registrador mercantil, así como es patente que la sociedad no acepta la propuesta de valoración llevada a cabo por aquella. Pretender en estas circunstancias imponer unos trámites adicionales no puede merecer amparo de esta Dirección, una vez constatado el cumplimiento por la socia de los requisitos que le legitiman para el ejercicio de su derecho de separación.

Si la sociedad considera que de la conducta de la socia que se separa se deriva una situación de mala fe o de abuso de derecho, debe acudir si lo estima procedente a las instancias legalmente establecidas. Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como parece pretender la sociedad recurrente. 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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. Se reitera que la valoración de la conducta de las partes escapa a la competencia de esta Administración al tratarse de cuestiones que por su naturaleza com-

pete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito deben ser planteadas como se ha razonado más arriba.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Gran Canaria n.º 2, don Adolfo Calandria Amigueti de fecha 15 de mayo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Gran Canaria.

Resolución de 20 de agosto de 2018 (1.ª)

En el expediente 59/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Fernando Herradon, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presenta escrito de fecha 23 de marzo de 2018, dirigido al registro mercantil de Toledo, 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 la mercantil «Fernando Herradon, S.L. (titular del 31,19% del mismo «a título de bienes gananciales»), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López dictó resolución de fecha 3 de abril de 2018 por la que acordó «que no procede la solicitud de nombramiento de auditor, ya que el solicitante no tiene legitimación al no ser socio titular de un número de participaciones superior al 5% del capital social. El carácter de ganancial de las participa-

ciones sociales, es una cuestión ajena a la condición de socio que se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición de socio, tal como consta en el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital».

III

Doña ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 3 de abril, alegando que «en el presente expediente, el matrimonio ha sido anulado mediante sentencia de divorcio de fecha 26 de septiembre de 2017, sin estar a fecha de hoy disuelta la sociedad de gananciales. Por ello, tras la disolución del matrimonio se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad post-ganancial en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran, acciones y participaciones incluidas, que excluye atribución de cuotas sobre los mismos. En el presente caso concurren las particularidades siguientes, los cónyuges se encuentran primero judicialmente divorciados. La mercantil no puede alegar el desconocimiento de representación cuando el marido ocupa cargos representativos de la persona jurídica. No consta que los comuneros hubieran procedido a la designación de representante.»

IV

El 3 de mayo de 2018 la registradora mercantil de Toledo emite informe reiterando la resolución recurrida.

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. Se plantea en el presente expediente la legitimidad de la solicitante para instar el nombramiento de auditor a instancia de socio minoritario. Resulta del expediente que don ….. adquirió casado en régimen de gananciales con doña ….. 1622 participaciones sociales de la mercantil «Fernando Herradon, S.L.» en escritura otorgada el 21 de noviembre de 2007 ante don José Antonio García-Noblejas Santa-Olalla. Posteriormente se declaró la disolución del matrimonio formado por don ….. y doña ….. por sentencia de 26 de septiembre de 2017 del Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Torrijos, sin resultar liquidada la sociedad de gananciales.

Por último, resulta que don ….. es administrador solidario de la mercantil según resulta de la inscripción 5.ª de la hoja social.

2. Esta Dirección General tiene elaborada una dilatada doctrina en relación a las consecuencias que para el expediente de designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital tiene el carácter

ganancial de las participaciones en relación a la solicitud de un socio. Esta doctrina, que modifica la anterior como se verá, hace alusión tanto a las consecuencias de la ganancialidad constante la sociedad de gananciales como al término de la misma.

3. En relación a la situación vigente la sociedad de gananciales, esta Dirección General afirmó *(vide* resoluciones de 16 de mayo de 2012 y 4 de noviembre de 2013 por todas), que en el supuesto de participaciones sociales adquiridas por un cónyuge constante matrimonio existe una cotitularidad sobre todos los bienes que integran la comunidad ganancial que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por uno solo de los cónyuges sin perjuicio de la previsión del artículo 1384 del Código Civil. Como quiera que el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se ubica dentro de los actos de gestión y buena administración por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa, se ha de concluir que los cónyuges están legitimados indistintamente para obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

4. La doctrina anterior fue posteriormente modificada por no ser conforme con la propia de los órganos jurisdiccionales a la que esta Administración debe acomodarse. Dichos órganos han ido conformando una doctrina basada en la distinción entre los efectos que el carácter ganancial de las acciones o participaciones tiene entre los cónyuges con el carácter personal de la relación entre la sociedad y el socio titular de modo que aquellos no pueden interferir en el funcionamiento de esta. El carácter ganancial o no de acciones o participaciones es una cuestión ajena a la condición de socio que en nuestro ordenamiento mercantil se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición. Como afirma el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital: «Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos». En el mismo sentido, entre otros, los artículos 93, 99.1, 102, 104, 122, 126, 179, 183, 184, 188, 291, 292, 346, 353, 393 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

Afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de julio de 1998 que: «… por ser cónyuge del socio, no se adquiere dicha condición, sino que tan sólo se tiene posibilidad de ello por medio de un acto de transmisión.» Y continúa: «Tampoco se trata de copropiedad de participaciones, pues en ese caso ambos cónyuges debían constar como copropietarios de las participaciones sociales y la designación formal a uno de ellos para el ejercicio de los derechos de socio (art. 35 LSRL), circunstancias que no se especifican en el presente caso donde sólo aparece uno de los cónyuges como socio fundador y único propietario de las participaciones sociales suscritas. El hecho de que el titular de las participaciones sociales se halle casado bajo el régimen de

sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones: a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.»

Con mayor despliegue argumentativo afirma lo siguiente la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 18 de julio de 2000: «…debe distinguirse, en las sociedades de capital, entre la titularidad de las participaciones y el derecho de asistencia a las Juntas. La seguridad jurídica en este tipo de sociedades, y la obligación legal de llevanza de un Libro Registro de Socios, implica que el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta derive de la inscripción en el Libro Registro (artículo 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (artículo 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pero no le otorga derechos políticos frente a la sociedad salvo representación del titular (artículo 49 de la Ley especial). Pero es que, aunque no fuera así y se considerara la existencia de una cotitularidad compartida sobre las participaciones, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley especial, para supuestos de cotitularidad o copropiedad de participaciones, esto es, los cónyuges copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, designación que debería notificarse a la sociedad previamente a la Junta e inscribirse en el Libro Registro de socios, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley especial ya citados.»

Y con toda contundencia la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia de 19 de octubre de 2004: «…los títulos valores tienen dos facetas, una patrimonial y otra societaria, la primera comprendería la relación interna, esto es, la titularidad real, que en este caso es la sociedad ganancial, y la segunda afecta a su vertiente externa, la actuación frente a terceros, en que necesariamente ha de intervenir una sola persona física o jurídica…» Y termina: «Además, la solución es coherente con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que expresamente ordena que, en los supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones, los cotitulares habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Esta tesis viene confirmada por la Dirección General de Registros y del Notariado, en resolución de 25 de mayo de 1.987, citada por la propia recurrente, en la que se señala que «en tanto que bien ganancial, la participación

social estará sujeta al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la cogestión, es indudable la aplicación del inciso primero del art. 1.384 del Código civil, en cuanto proclama la validez de los actos de administración realizados unilateralmente por el cónyuge a cuya nombre figuren. Por tanto, si la renuncia a la suscripción preferente de acciones se considera un acto de disposición, como sostiene la actora, o si se califica de acto de administración, como viene a defender la apelada al equipararlo con el no ejercicio de un derecho, la realidad es que el mismo no necesitaba el consentimiento de la cotitular patrimonial porque expresamente lo autoriza el artículo 1.384, con independencia de que sea a título gratuito u oneroso, sin necesidad de entrar en mayores disquisiciones.»

5. De la anterior doctrina jurisdiccional pueden deducirse las siguientes conclusiones:

a) La condición de socio va unida a la titularidad de acciones o participaciones.

b) El ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio corresponde al titular de acciones o participaciones a salvo los supuestos de representación.

c) El carácter ganancial de las acciones o participaciones de un socio no altera este esquema de cosas sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales entre cónyuges y del ejercicio de las acciones que pudieran corresponder en supuestos de fraude o daño (artículos 1390 y 1391 del Código Civil).

d) En caso de cotitularidad de acciones o participaciones sociales, los cotitulares deben designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital *(vide* sentencia 727/2012 de 8 noviembre de la Audiencia Provincial de Murcia en cuanto a los límites del mandato). Cuando las participaciones o acciones pertenecen a ambos cónyuges con carácter ganancial se aplica la misma regla *(vide* sentencia 286/2013 de 11 diciembre de la Audiencia Provincial de Toledo).

6. De conformidad con la anterior doctrina de los Tribunales, esta Dirección General acomodó a la misma su propia doctrina a partir de las resoluciones de 25 de junio (1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª) y 29 de julio de 2015 afirmando que carece de legitimación para solicitar la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital el cónyuge del socio por el mero hecho de que las acciones o participaciones que este ostenta tengan el carácter de bienes gananciales y sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales que procedan entre los cónyuges.

7. Por lo que se refiere a la situación posterior a la disolución de la sociedad de gananciales la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha mantenido que 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.

8. 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 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).

9. 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 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).

10. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las participaciones que ostenta el socio tienen carácter ganancial, así como que la sociedad de gananciales se encuentra disuelta y, en lo que respecta a las citadas participaciones, sin liquidar.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería la desestimación 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 n.º 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 situación de hecho que la sociedad no puede ignorar ni ignora y en la que, 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 ostenta el cargo de administrador 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.»

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López de fecha 3 de abril de 2018,

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora de Toledo.

Resolución de 20 de agosto de 2018 (2.ª)

En el expediente 60/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Construcciones Cruz-Retamar, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presenta escrito de fecha 23 de marzo de 2018, dirigido al registro mercantil de Toledo, 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 la mercantil «Construcciones Cruz-Retamar, S.L.» (titular del 30% del mismo «a título de bienes gananciales»), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López dictó resolución de fecha 3 de abril de 2018 por la que acordó «que no procede la solicitud de nombramiento de auditor, ya que el solicitante no tiene legitimación al no ser socio titular de un número de participaciones superior al 5% del capital social. El carácter de ganancial de las participaciones sociales, es una cuestión ajena a la condición de socio que se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición de socio, tal como consta en el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital».

III

Doña ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 3 de abril, alegando que «en el presente expediente, el matrimonio ha sido anulado mediante sentencia de divorcio de fecha 26 de septiembre de 2017, sin estar a fecha de hoy disuelta la sociedad de gananciales. Por ello, tras la disolución del matrimonio se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad post-ganancial en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran, acciones y participaciones incluidas, que excluye atribución de cuotas sobre los mismos. En el presente caso concurren las particularidades siguientes, los cónyuges se encuentran primero judicialmente divorciados. La mercantil no puede alegar el desconocimiento de representación cuando el marido ocupa cargos representativos de la persona jurídica. No consta que los comuneros hubieran procedido a la designación de representante.»

IV

El 3 de mayo de 2018 la registradora mercantil de Toledo emite informe reiterando la resolución recurrida.

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. Se plantea en el presente expediente la legitimidad de la solicitante para instar el nombramiento de auditor a instancia de socio minoritario. Resulta del expediente que don Fernando Herradon Garrido adquirió casado en régimen de sociedad de gananciales con doña ….. 50 participaciones sociales de la mercantil «Construcciones Cruz-Retamar S.L.» en escritura otorgada el 21 de noviembre de 2007 ante don José Antonio García Noblejas Santa-Olalla. Posteriormente se declaró la disolución del matrimonio formado por don ….. y doña ….. por sentencia de 26 de septiembre de 2017 del Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Torrijos, sin resultar liquidada la sociedad de gananciales.

Por último, resulta que don ….. es administrador solidario de la mercantil según resulta de la inscripción 2.ª de la hoja social.

2. Esta Dirección General tiene elaborada una dilatada doctrina en relación a las consecuencias que para el expediente de designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital tiene el carácter ganancial de las participaciones en relación a la solicitud de un socio. Esta doctrina, que modifica la anterior como se verá, hace alusión tanto a las consecuencias de la ganancialidad constante la sociedad de gananciales como al término de la misma.

3. En relación a la situación vigente la sociedad de gananciales, esta Dirección General afirmó *(vide* resoluciones de 16 de mayo de 2012 y 4 de noviembre de 2013 por todas), que en el supuesto de participaciones sociales adquiridas por un cónyuge constante matrimonio existe una cotitularidad sobre todos los bienes que integran la comunidad ganancial que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por uno solo de los cónyuges sin perjuicio de la previsión del artículo 1384 del Código Civil. Como quiera que el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se ubica dentro de los actos de gestión y buena administración por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa, se ha de concluir que los cónyuges están legitimados indistintamente para obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

4. La doctrina anterior fue posteriormente modificada por no ser conforme con la propia de los órganos jurisdiccionales a la que esta Administración debe acomodarse. Dichos órganos han ido conformando una doctrina basada en la distinción entre los efectos que el carácter ganancial de las accio-

nes o participaciones tiene entre los cónyuges con el carácter personal de la relación entre la sociedad y el socio titular de modo que aquellos no pueden interferir en el funcionamiento de esta. El carácter ganancial o no de acciones o participaciones es una cuestión ajena a la condición de socio que en nuestro ordenamiento mercantil se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición. Como afirma el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital: «Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos». En el mismo sentido, entre otros, los artículos 93, 99.1, 102, 104, 122, 126, 179, 183, 184, 188, 291, 292, 346, 353, 393 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

Afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de julio de 1998 que: «… por ser cónyuge del socio, no se adquiere dicha condición, sino que tan sólo se tiene posibilidad de ello por medio de un acto de transmisión.» Y continúa: «Tampoco se trata de copropiedad de participaciones, pues en ese caso ambos cónyuges debían constar como copropietarios de las participaciones sociales y la designación formal a uno de ellos para el ejercicio de los derechos de socio (art. 35 LSRL), circunstancias que no se especifican en el presente caso donde sólo aparece uno de los cónyuges como socio fundador y único propietario de las participaciones sociales suscritas. El hecho de que el titular de las participaciones sociales se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones: a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.»

Con mayor despliegue argumentativo afirma lo siguiente la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 18 de julio de 2000: «…debe distinguirse, en las sociedades de capital, entre la titularidad de las participaciones y el derecho de asistencia a las Juntas. La seguridad jurídica en este tipo de sociedades, y la obligación legal de llevanza de un Libro Registro de Socios, implica que el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta derive de la inscripción en el Libro Registro (artículo 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (artículo 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pero no le otorga derechos políticos frente a la sociedad salvo representación del titular (artículo 49

de la Ley especial). Pero es que, aunque no fuera así y se considerara la existencia de una cotitularidad compartida sobre las participaciones, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley especial, para supuestos de cotitularidad o copropiedad de participaciones, esto es, los cónyuges copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, designación que debería notificarse a la sociedad previamente a la Junta e inscribirse en el Libro Registro de socios, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley especial ya citados.»

Y con toda contundencia la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia de 19 de octubre de 2004: «…los títulos valores tienen dos facetas, una patrimonial y otra societaria, la primera comprendería la relación interna, esto es, la titularidad real, que en este caso es la sociedad ganancial, y la segunda afecta a su vertiente externa, la actuación frente a terceros, en que necesariamente ha de intervenir una sola persona física o jurídica…» Y termina: «Además, la solución es coherente con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que expresamente ordena que, en los supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones, los cotitulares habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Esta tesis viene confirmada por la Dirección General de Registros y del Notariado, en resolución de 25 de mayo de 1.987, citada por la propia recurrente, en la que se señala que «en tanto que bien ganancial, la participación social estará sujeta al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la cogestión, es indudable la aplicación del inciso primero del art. 1.384 del Código civil, en cuanto proclama la validez de los actos de administración realizados unilateralmente por el cónyuge a cuya nombre figuren. Por tanto, si la renuncia a la suscripción preferente de acciones se considera un acto de disposición, como sostiene la actora, o si se califica de acto de administración, como viene a defender la apelada al equipararlo con el no ejercicio de un derecho, la realidad es que el mismo no necesitaba el consentimiento de la cotitular patrimonial porque expresamente lo autoriza el artículo 1.384, con independencia de que sea a título gratuito u oneroso, sin necesidad de entrar en mayores disquisiciones.»

5. De la anterior doctrina jurisdiccional pueden deducirse las siguientes conclusiones:

a) La condición de socio va unida a la titularidad de acciones o participaciones.

b) El ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio corresponde al titular de acciones o participaciones a salvo los supuestos de representación.

c) El carácter ganancial de las acciones o participaciones de un socio no altera este esquema de cosas sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales entre cónyuges y del ejercicio de las acciones que pudieran corresponder en supuestos de fraude o daño (artículos 1390 y 1391 del Código Civil).

d) En caso de cotitularidad de acciones o participaciones sociales, los cotitulares deben designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital *(vide* sentencia 727/2012 de 8 noviembre de la Audiencia Provincial de Murcia en cuanto a los límites del mandato). Cuando las participaciones o acciones pertenecen a ambos cónyuges con carácter ganancial se aplica la misma regla *(vide* sentencia 286/2013 de 11 diciembre de la Audiencia Provincial de Toledo).

6. De conformidad con la anterior doctrina de los Tribunales, esta Dirección General acomodó a la misma su propia doctrina a partir de las resoluciones de 25 de junio (1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª) y 29 de julio de 2015 afirmando que carece de legitimación para solicitar la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital el cónyuge del socio por el mero hecho de que las acciones o participaciones que este ostenta tengan el carácter de bienes gananciales y sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales que procedan entre los cónyuges.

7. Por lo que se refiere a la situación posterior a la disolución de la sociedad de gananciales la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha mantenido que 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.

8. 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 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).

9. 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 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 final-

mente 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).

10. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las participaciones que ostenta el socio tienen carácter ganancial, así como que la sociedad de gananciales se encuentra disuelta y, en lo que respecta a las citadas participaciones, sin liquidar.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería la desestimación 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 n.º 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 situación de hecho que la sociedad no puede ignorar ni ignora y en la que, 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 ostenta el cargo de administrador 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.»

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López de fecha 3 de abril de 2018,

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora de Toledo.

Resolución de 20 de agosto de 2018 (3.ª)

En el expediente 73/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «The Little Shop, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presenta escrito de fecha 21 de febrero de 2018, dirigido al registro mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 1 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 la mercantil «The Little Shop, S.L. (titular del 53,00 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

Mediante resolución de fecha 2 de marzo de 2018 el registro mercantil de Madrid le requiere a la instante para que «al resultar la solicitante, ser cotitular de las participaciones que corresponden a la sociedad de gananciales, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ambos cónyuges deberían constar como copropietarios, por tanto, deberá acreditar la designación de uno de ellos formalmente para el ejercicio de los derechos de socio o, en su defecto, deberá presentarse solicitud firmada por los dos copropietarios».

Dicho requerimiento es atendido por la solicitante mediante escrito de fecha 15 de marzo, presentado el día 19, en el que se acompaña resolución judicial acreditativa del pro-

cedimiento contencioso de liquidación de sociedad de gananciales una vez decretado el divorcio, advirtiendo la necesidad de la información resultante de la auditoría para el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 21 de marzo de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 26, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 4 de abril, presentado el mismo día, alegando que «se niega la legitimación de doña ….. para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas por no ser administradora de su sociedad de gananciales».

III

El registrador mercantil de Madrid, don Adolfo García Ferreiro dictó resolución de fecha 10 de abril de 2018 por la que acordó que «no concurriendo en la solicitante el requisito de titular de, al menos, el 5% del capital social de la sociedad a auditar, el Registrador Mercantil que suscribe acuerda desestimar la solicitud de nombramiento de auditor para las cuentas para el ejercicio 2017».

IV

Doña ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 10 de abril, alegando que «la liquidación de dicho régimen legal determina la necesidad de tutela de los derechos del socio aquí compareciente, quien carece de cualquier clase de información relativa a la sociedad, por no ser facilitada ni por la propia sociedad ni por el ex cónyuge,…, y se le está privando de cualquier posibilidad de valoración del activo, las participaciones sociales, que pueden ser objeto de adjudicación».

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.

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. Esta Dirección General tiene elaborada una dilatada doctrina en relación a las consecuencias que para el expediente de designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital tiene el carácter ganancial de las participaciones en relación a la solicitud de un socio. Esta doctrina, que modifica la anterior como se verá, hace alusión tanto a las consecuencias de la ganancialidad constante la sociedad de gananciales como al término de la misma.

3. En relación a la situación vigente la sociedad de gananciales, esta Dirección General afirmó *(vide* resoluciones de 16 de mayo de 2012 y 4 de noviembre de 2013 por todas), que en el supuesto de participaciones sociales adquiridas por un cónyuge constante matrimonio existe una cotitularidad sobre todos los bienes que integran la comunidad ganancial que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por uno solo de los cónyuges sin perjuicio de la previsión del artículo 1384 del Código Civil. Como quiera que el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se ubica dentro de los actos de gestión y buena administración por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa, se ha de concluir que los cónyuges están legitimados indistintamente para obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

4. La doctrina anterior fue posteriormente modificada por no ser conforme con la propia de los órganos jurisdiccionales a la que esta Administración debe acomodarse. Dichos órganos han ido conformando una doctrina basada en la distinción entre los efectos que el carácter ganancial de las acciones o participaciones tiene entre los cónyuges con el carácter personal de la relación entre la sociedad y el socio titular de modo que aquellos no pueden

interferir en el funcionamiento de esta. El carácter ganancial o no de acciones o participaciones es una cuestión ajena a la condición de socio que en nuestro ordenamiento mercantil se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición. Como afirma el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital: «Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos». En el mismo sentido, entre otros, los artículos 93, 99.1, 102, 104, 122, 126, 179, 183, 184, 188, 291, 292, 346, 353, 393 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

Afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de julio de 1998 que: «… por ser cónyuge del socio, no se adquiere dicha condición, sino que tan sólo se tiene posibilidad de ello por medio de un acto de transmisión.» Y continúa: «Tampoco se trata de copropiedad de participaciones, pues en ese caso ambos cónyuges debían constar como copropietarios de las participaciones sociales y la designación formal a uno de ellos para el ejercicio de los derechos de socio (art. 35 LSRL), circunstancias que no se especifican en el presente caso donde sólo aparece uno de los cónyuges como socio fundador y único propietario de las participaciones sociales suscritas. El hecho de que el titular de las participaciones sociales se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones: a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.»

Con mayor despliegue argumentativo afirma lo siguiente la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 18 de julio de 2000: «…debe distinguirse, en las sociedades de capital, entre la titularidad de las participaciones y el derecho de asistencia a las Juntas. La seguridad jurídica en este tipo de sociedades, y la obligación legal de llevanza de un Libro Registro de Socios, implica que el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta derive de la inscripción en el Libro Registro (artículo 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (artículo 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pero no le otorga derechos políticos frente a la sociedad salvo representación del titular (artículo 49 de la Ley especial). Pero es que, aunque no fuera así y se considerara la existencia de una cotitularidad compartida sobre las participaciones, entraría en

juego lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley especial, para supuestos de cotitularidad o copropiedad de participaciones, esto es, los cónyuges copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, designación que debería notificarse a la sociedad previamente a la Junta e inscribirse en el Libro Registro de socios, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley especial ya citados.»

Y con toda contundencia la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia de 19 de octubre de 2004: «…los títulos valores tienen dos facetas, una patrimonial y otra societaria, la primera comprendería la relación interna, esto es, la titularidad real, que en este caso es la sociedad ganancial, y la segunda afecta a su vertiente externa, la actuación frente a terceros, en que necesariamente ha de intervenir una sola persona física o jurídica…» Y termina: «Además, la solución es coherente con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que expresamente ordena que, en los supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones, los cotitulares habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Esta tesis viene confirmada por la Dirección General de Registros y del Notariado, en resolución de 25 de mayo de 1.987, citada por la propia recurrente, en la que se señala que «en tanto que bien ganancial, la participación social estará sujeta al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la cogestión, es indudable la aplicación del inciso primero del art. 1.384 del Código civil, en cuanto proclama la validez de los actos de administración realizados unilateralmente por el cónyuge a cuya nombre figuren. Por tanto, si la renuncia a la suscripción preferente de acciones se considera un acto de disposición, como sostiene la actora, o si se califica de acto de administración, como viene a defender la apelada al equipararlo con el no ejercicio de un derecho, la realidad es que el mismo no necesitaba el consentimiento de la cotitular patrimonial porque expresamente lo autoriza el artículo 1.384, con independencia de que sea a título gratuito u oneroso, sin necesidad de entrar en mayores disquisiciones.»

5. De la anterior doctrina jurisdiccional pueden deducirse las siguientes conclusiones:

a) La condición de socio va unida a la titularidad de acciones o participaciones.

b) El ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio corresponde al titular de acciones o participaciones a salvo los supuestos de representación.

c) El carácter ganancial de las acciones o participaciones de un socio no altera este esquema de cosas sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales entre cónyuges y del ejercicio de las acciones que pudieran corresponder en supuestos de fraude o daño (artículos 1390 y 1391 del Código Civil).

d) En caso de cotitularidad de acciones o participaciones sociales, los cotitulares deben designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos

inherentes a la condición de socio conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital *(vide* sentencia 727/2012 de 8 noviembre de la Audiencia Provincial de Murcia en cuanto a los límites del mandato). Cuando las participaciones o acciones pertenecen a ambos cónyuges con carácter ganancial se aplica la misma regla *(vide* sentencia 286/2013 de 11 diciembre de la Audiencia Provincial de Toledo).

6. De conformidad con la anterior doctrina de los Tribunales, esta Dirección General acomodó a la misma su propia doctrina a partir de las resoluciones de 25 de junio (1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª) y 29 de julio de 2015 afirmando que carece de legitimación para solicitar la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital el cónyuge del socio por el mero hecho de que las acciones o participaciones que este ostenta tengan el carácter de bienes gananciales y sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales que procedan entre los cónyuges.

7. Por lo que se refiere a la situación posterior a la disolución de la sociedad de gananciales la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha mantenido que 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.

8. 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 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).

9. 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 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 respe-

tada 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).

10. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las participaciones que ostenta el socio tienen carácter ganancial, así como que la sociedad de gananciales se encuentra disuelta y, en lo que respecta a las citadas participaciones, sin liquidar.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería la desestimación 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 n.º 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 situación de hecho que la sociedad no puede ignorar ni ignora y en la que, 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 resultando 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.»

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don Adolfo García Ferreiro, de fecha 10 de abril de 2018, en los términos que resultan de la presente.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 20 de agosto de 2018 (4.ª)

En el expediente 76/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rumor Negocio, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presenta escrito de fecha 21 de febrero de 2018, dirigido al registro mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 1 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 la mercantil «Rumor Negocio, S.L. (titular del 33 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

Mediante resolución de fecha 2 de marzo de 2018 el registro mercantil de Madrid le requiere a la instante para que «al resultar la solicitante, ser cotitular de las participaciones que corresponden a la sociedad de gananciales, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ambos cónyuges deberían constar como copropietarios, por tanto, deberá acreditar la designación de uno de ellos formalmente para el ejercicio de los derechos de socio o, en su defecto, deberá presentarse solicitud firmada por los dos copropietarios».

Dicho requerimiento es atendido por la solicitante mediante escrito de fecha 15 de marzo, presentado el día 19, en el que se acompaña resolución judicial acreditativa del procedimiento contencioso de liquidación de sociedad de gananciales una vez decretado el divorcio, advirtiendo la necesidad de la información resultante de la auditoría para el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 21 de marzo de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 26, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 4 de abril, presentado el mismo día, alegando que «se niega la legitimación de doña ….. para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas por no ser administradora de su sociedad de gananciales».

III

El registrador mercantil de Madrid, don Francisco Javier Navia-Osorio dictó resolución de fecha 10 de abril de 2018 por la que acordó que «no concurriendo en la solicitante el requisito de titular de, al menos, el 5% del capital social de la sociedad a auditar, el Registrador Mercantil que suscribe acuerda desestimar la solicitud de nombramiento de auditor para las cuentas para el ejercicio 2017».

IV

Doña ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 10 de abril, alegando que «la liquidación de dicho régimen legal determina la necesidad de tutela de los derechos del socio aquí compareciente, quien carece de cualquier clase de información relativa a la sociedad, por no ser facilitada ni por la propia sociedad ni por el ex cónyuge, y se le está privando de cualquier posibilidad de valoración del activo, las participaciones sociales, que pueden ser objeto de adjudicación».

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.

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. Esta Dirección General tiene elaborada una dilatada doctrina en relación a las consecuencias que para el expediente de designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital tiene el carácter ganancial de las participaciones en relación a la solicitud de un socio. Esta doctrina, que modifica la anterior como se verá, hace alusión tanto a las consecuencias de la ganancialidad constante la sociedad de gananciales como al término de la misma.

3. En relación a la situación vigente la sociedad de gananciales, esta Dirección General afirmó *(vide* resoluciones de 16 de mayo de 2012 y 4 de noviembre de 2013 por todas), que en el supuesto de participaciones sociales adquiridas por un cónyuge constante matrimonio existe una cotitularidad sobre todos los bienes que integran la comunidad ganancial que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por uno solo de los cónyuges sin perjuicio de la previsión del artículo 1384 del Código Civil. Como quiera que el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se ubica dentro de los actos de gestión y buena administración por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa, se ha de concluir que los cónyuges están legitimados indistintamente para obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

4. La doctrina anterior fue posteriormente modificada por no ser conforme con la propia de los órganos jurisdiccionales a la que esta Administración debe acomodarse. Dichos órganos han ido conformando una doctrina basada en la distinción entre los efectos que el carácter ganancial de las acciones o participaciones tiene entre los cónyuges con el carácter personal de la relación entre la sociedad y el socio titular de modo que aquellos no pueden interferir en el funcionamiento de esta. El carácter ganancial o no de acciones o participaciones es una cuestión ajena a la condición de socio que en nuestro ordenamiento mercantil se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición. Como

afirma el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital: «Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos». En el mismo sentido, entre otros, los artículos 93, 99.1, 102, 104, 122, 126, 179, 183, 184, 188, 291, 292, 346, 353, 393 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

Afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de julio de 1998 que: «… por ser cónyuge del socio, no se adquiere dicha condición, sino que tan sólo se tiene posibilidad de ello por medio de un acto de transmisión.» Y continúa: «Tampoco se trata de copropiedad de participaciones, pues en ese caso ambos cónyuges debían constar como copropietarios de las participaciones sociales y la designación formal a uno de ellos para el ejercicio de los derechos de socio (art. 35 LSRL), circunstancias que no se especifican en el presente caso donde sólo aparece uno de los cónyuges como socio fundador y único propietario de las participaciones sociales suscritas. El hecho de que el titular de las participaciones sociales se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones: a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.»

Con mayor despliegue argumentativo afirma lo siguiente la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 18 de julio de 2000: «…debe distinguirse, en las sociedades de capital, entre la titularidad de las participaciones y el derecho de asistencia a las Juntas. La seguridad jurídica en este tipo de sociedades, y la obligación legal de llevanza de un Libro Registro de Socios, implica que el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta derive de la inscripción en el Libro Registro (artículo 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (artículo 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pero no le otorga derechos políticos frente a la sociedad salvo representación del titular (artículo 49 de la Ley especial). Pero es que, aunque no fuera así y se considerara la existencia de una cotitularidad compartida sobre las participaciones, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley especial, para supuestos de cotitularidad o copropiedad de participaciones, esto es, los cónyuges copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, designación que debería notificarse a la sociedad previamente a la Junta

e inscribirse en el Libro Registro de socios, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley especial ya citados.»

Y con toda contundencia la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia de 19 de octubre de 2004: «…los títulos valores tienen dos facetas, una patrimonial y otra societaria, la primera comprendería la relación interna, esto es, la titularidad real, que en este caso es la sociedad ganancial, y la segunda afecta a su vertiente externa, la actuación frente a terceros, en que necesariamente ha de intervenir una sola persona física o jurídica…» Y termina: «Además, la solución es coherente con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que expresamente ordena que, en los supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones, los cotitulares habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Esta tesis viene confirmada por la Dirección General de Registros y del Notariado, en resolución de 25 de mayo de 1.987, citada por la propia recurrente, en la que se señala que «en tanto que bien ganancial, la participación social estará sujeta al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la cogestión, es indudable la aplicación del inciso primero del art. 1.384 del Código civil, en cuanto proclama la validez de los actos de administración realizados unilateralmente por el cónyuge a cuya nombre figuren. Por tanto, si la renuncia a la suscripción preferente de acciones se considera un acto de disposición, como sostiene la actora, o si se califica de acto de administración, como viene a defender la apelada al equipararlo con el no ejercicio de un derecho, la realidad es que el mismo no necesitaba el consentimiento de la cotitular patrimonial porque expresamente lo autoriza el artículo 1.384, con independencia de que sea a título gratuito u oneroso, sin necesidad de entrar en mayores disquisiciones.»

5. De la anterior doctrina jurisdiccional pueden deducirse las siguientes conclusiones:

a) La condición de socio va unida a la titularidad de acciones o participaciones.

b) El ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio corresponde al titular de acciones o participaciones a salvo los supuestos de representación.

c) El carácter ganancial de las acciones o participaciones de un socio no altera este esquema de cosas sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales entre cónyuges y del ejercicio de las acciones que pudieran corresponder en supuestos de fraude o daño (artículos 1390 y 1391 del Código Civil).

d) En caso de cotitularidad de acciones o participaciones sociales, los cotitulares deben designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital *(vide* sentencia 727/2012 de 8 noviembre de la Audiencia Provincial de Murcia en cuanto a los límites del mandato). Cuando las participaciones o acciones pertenecen a ambos cónyuges con carácter ganan-

cial se aplica la misma regla *(vide* sentencia 286/2013 de 11 diciembre de la Audiencia Provincial de Toledo).

6. De conformidad con la anterior doctrina de los Tribunales, esta Dirección General acomodó a la misma su propia doctrina a partir de las resoluciones de 25 de junio (1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª) y 29 de julio de 2015 afirmando que carece de legitimación para solicitar la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital el cónyuge del socio por el mero hecho de que las acciones o participaciones que este ostenta tengan el carácter de bienes gananciales y sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales que procedan entre los cónyuges.

7. Por lo que se refiere a la situación posterior a la disolución de la sociedad de gananciales la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha mantenido que 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.

8. 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 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).

9. 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 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).

10. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las participaciones que ostenta el socio tienen carácter ganancial, así como que la sociedad de gananciales se encuentra disuelta y, en lo que respecta a las citadas participaciones, sin liquidar.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería la desestimación 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 n.º 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 situación de hecho que la sociedad no puede ignorar ni ignora y en la que, 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 resultando 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.».

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don Francisco Javier Navia-Osorio, de fecha 10 de abril de 2018, en los términos que resultan de la presente.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 20 de agosto de 2018 (5.ª)

En el expediente 79/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Entreblocs, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito dirigido al registro mercantil de Palma de Mallorca, en el que tuvo su entrada el 19 de marzo de 2018, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y siendo titular de más del 5% del capital social de «Entreblocs, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Mediante escrito de fecha 11 de abril de 2018, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el 12 de abril del mismo año, suscrito por don ….., en su calidad de administrador único, según manifiesta, de la mercantil «Entreblocs, S.L.», se opuso a la pretensión de la socia, alegando lo que estimó pertinente.

III

El registrador mercantil de Palma de Mallorca III, don Jesús Víctor Muro Villalón dictó resolución en fecha 13 de abril de 2018 por la que acordó desestimar la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., en su calidad de administrador único, según manifiesta, de la mercantil «Entreblocs, S.L.», por escrito de fecha 15 de mayo de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en base a los argumentos que estimó pertinentes.

V

Mediante escrito de fecha 25 de julio de 2018, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca el de día 27 de julio de 2018, y en esta Dirección General el día 1 de agosto de 2018, don ….., como apoderado, en nombre y representación de doña ….., en virtud de poder especial conferido a su favor en escritura de 20 de marzo de 2018, ante el notario de Palma, don José Félix Steegmann y López-Doriga, protocolo 576, desiste de la solicitud de nombramiento de auditor presentada y solicita el archivo del expediente en cuestión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 5, 21, 84 y 94 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265 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 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.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por don ….., como apoderado, en nombre y representación de doña ….., solicitante de la auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 para la sociedad «Entreblocs, S.L.» y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia al no existir interés protegible que imponga su continuación.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Palma de Mallorca.

Resolución de 20 de agosto de 2018 (6.ª)

En el expediente 81/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cervisimag Barcelona, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presenta un escrito de fecha 13 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Lleida, en el que tuvo su entrada el día 26 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 la mercantil «Cervisimag Barcelona, S.L. (titular del 33,33 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 28 de marzo de 2018 en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 9 de Abril presentado el mismo día alegando que «con fecha 12 de febrero de 2018 el Sr. ….. ofreció a los socios D. Jordi y D. Andreu García Freixes dejar de ser socio de la sociedad a cambio de la reintegración de los 10.000 euros que había invertido en la suscripción de las participaciones en el aumento del capital de fecha 6 de mayo de 2011. En fecha 9 de abril de 2018 don ….. y don ….. han remitido al Sr. ….. comunicación aceptando su oferta de venta de participaciones de la sociedad y pérdida por tanto de la condición de socio del sr. Fernández y le han requerido para la firma de la escritura de compraventa de sus participaciones de la sociedad y recibir el precio».

III

El registrador mercantil de Lleida, doña Carmen Rosich Romeu, dictó resolución en fecha 18 de abril de 2018 por la que acordó que «al reunir el solicitante los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos para procedes al nombramiento, sin que la sociedad haya desvirtuado la presunción de legitimación existente a su favor, al no ser suficiente la manifestación que los socios don ….. y don ….. han aceptado la oferta de venta presentada por el solicitante, puesto que sigue siendo titular del derecho y está, en consecuencia, legitimado para ejercitar lo que le reconoce la Ley».

IV

Don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 18 de abril alegando que la oferta emitida por el solicitante había sido aceptada por los socios y, por tanto, por el mero hecho de tal manifestación, el primero había ya perdido tal condición.

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 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 solici-

tar 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. 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 (artículo 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). De este modo la calificación registral se extiende a la legitimación del solicitante, acreditando ser titular del al menos el 5% del capital social; el cumplimiento del plazo de tal solicitud, que se haga en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio

social; y que la sociedad no haya enervado el derecho del socio minoritario conforme a lo anteriormente expuesto.

3. En el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar al no quedar desvirtuada la legitimidad del solicitante pues según resulta del propio escrito de recurso no se ha llegado a titular transmisión alguna de las participaciones sociales, resultando tal oferta y su correlativa aceptación exclusivamente de las manifestaciones de la parte recurrente, debiendo plantearse cualquier cuestión relativa a la efectiva existencia de tal negocio, y sus consecuencia directas de pérdida de condición de socio del solicitante, ante los Tribunales de Justicia.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Lleida, doña Carmen Rosich Romeu, de fecha 18 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora de Lleida.

Resolución de 20 de agosto de 2018 (7.ª)

En el expediente 83/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Aljurson, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 21 de febrero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día 21, 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 «Aljurson, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 21 de marzo de 2018 que tuvo su entrada en el registro mercantil el día 23 del mismo mes y año alegando, en esencia, que la sociedad ha nombrado auditor de manera voluntaria para los ejercicios 2017, 2018 y 2019, y presentado en el registro mercantil la documentación al efecto para su inscripción.

III

El registrador mercantil de Madrid IV, don Alfonso Ventoso Escribano, dictó resolución de fecha 11 de abril de 2018 por la que acordó admitir la oposición y no llevar a cabo el nombramiento de un nuevo auditor solicitado, al haberse procedido por la sociedad con fecha 26 de octubre de 2017 –con anterioridad a la entrada de la solicitud del socio en el registro– al nombramiento de auditor de cuentas para los ejercicios 2017, 2018 y 2019 en la entidad «Altum Auditores, S.L.», inscrita en el ROAC con el n.º S2212, que aceptó su nombramiento el día 22 de marzo de 2018 e inscrito dicho nombramiento en la inscripción 12.ª de la hoja 216118-M, practicada con fecha 10 de abril de 2018.

IV

Don ….., por escrito de fecha 11 de abril de 2018, interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando, en esencia, que en el caso objeto de la presente no concurren las garantías exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado al respecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En los términos en que se encuentra planteado el objeto del recurso, esto es, que pese al nombramiento e inscripción del auditor a instancia de la sociedad de manera voluntaria para el ejercicio correspondiente al año 2017 –así como para los ejercicios 2018 y 2019–, no concurren en el caso las garantías exigidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado al respecto, no puede prosperar.

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 doc-

trina 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 sólo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente; c) 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; d) 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; e) 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; f) 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 o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; g) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado.

Por tanto, debe concluirse que en el presente expediente concurren los dos requisitos anteriormente mencionados, tanto el nombramiento anterior del auditor voluntario como el aseguramiento del derecho del socio minorista mediante la inscripción del nombramiento en la hoja social 216118-M inscripción 12.ª, practicada con fecha 10 de abril de 2018. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid IV, don Alfonso Ventoso Escribano, dictada con fecha 11 de abril de 2018, por la que acordó admitir la oposición y no llevar a cabo el nombramiento de un nuevo auditor solicitado.

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

Madrid, 20 de agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 20 de agosto de 2018 (8.ª)

En el expediente 89/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Braap Motors, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 26 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el mismo día 26, 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 «Braap Motors, S.L.» (titular del 24,66 %), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La registradora mercantil de Barcelona, doña María Azucena Bullón Manzano, notifica a la sociedad mediante resolución de fecha 29 de marzo de 2018 que es entregada en el domicilio social el día 9 de abril, para que, en su caso, ejercite el derecho de oposición a tal solicitud.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que «hasta el día 5 de abril de 2018, habiendo transcurrido ya los tres meses posteriores al cierre del ejercicio, no se le ha notificado a la sociedad el nombramiento de auditor; por consiguiente, fuera del plazo legalmente establecido; por lo que no procede ya el nombramiento de auditor para el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2017». Establece además que la práctica de una auditoría «supone un grave quebranto económico que pondrá en dificultad la viabilidad de la misma». Concluye indicando que tal petición «se trata de un claro abuso de derecho» ya que «son intereses espúreos los que persigue el socio».

IV

La registradora mercantil de Barcelona, doña María Azucena Bullón Manzano, dictó resolución de fecha 16 de abril de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ….., en nombre y representación de la sociedad, por escrito de fecha 14 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día 16 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, es decir, la extemporaneidad de la solicitud y la mala fe del solicitante al carecer de causa legítima su solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede estimarse el recurso interpuesto pues ninguno de los motivos alegados por la sociedad pueden ser admitidos.

En concreto, los motivos de recurso se pueden agrupar en dos: la presentación extemporánea de la solicitud; y la falta de buena fe por parte del socio solicitante incurriendo en abuso de derecho al perseguir fines espurios.

2. Respecto del primer motivo de recurso, son hecho relevantes que el escrito de solicitud está fechado el día 26 de marzo de 2018, fecha en que es presentado en el Registro Mercantil de Barcelona (asiento 1735 del Libro Diario10) adquiriendo desde tal momento fehaciencia en su fecha conforme a

lo dispuesto en el artículo 1227 del Código Civil; si bien el traslado de dicha solicitud a la sociedad tiene lugar por resolución de 29 de marzo que es recibida en el domicilio social el día 9 de abril.

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.

Resulta por tanto evidente que la solicitud se ha presentado dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social que, a falta de disposición estatutaria, se entenderá que concluye el 31 de diciembre. Una vez presentada dicha solicitud en el plazo legalmente habilitado al efecto, el Registrador trasladará tal solicitud a la sociedad en el plazo de cinco días (resolución de fecha 29 de marzo de 2018 de la registradora mercantil de Barcelona) dando cumplimiento a la tramitación establecida en el Reglamento del Registro Mercantil. Por último, debe reiterarse que el posible incumplimiento temporal de dicho traslado no provocaría la nulidad del procedimiento al no haberse ocasionado indefensión por la sociedad al no tratarse de un plazo de caducidad. (RDGRN de 14 de febrero de 2013)

Por tanto, el recurso no puede prosperar al haber sido presentada la solicitud dentro del plazo legalmente previsto.

3. 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 (artículo 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 (artí-

culo 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 relación con la posible concurrencia de fraude de ley en la solicitud, es constante doctrina de este Centro Directivo 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 (artículos 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.

5. 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona, doña María Azucena Bullón Manzano, de fecha 16 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora de Barcelona.

Resolución de 20 de agosto de 2018 (9.ª)

En el expediente 78/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Manuel Ballesteros Doncel e Hijos, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito dirigido al registro mercantil de Badajoz, teniendo entrada en el Servicio Postal de Correos el día 28 de marzo de 2018, 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 «Manuel Ballesteros Doncel e Hijos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Traslada la petición a la sociedad, ésta se opuso a la pretensión de la socia por medio de escrito de fecha 17 de abril de 2018, suscrito por doña ….. y don …..., en su condición de administradores mancomunados de la sociedad, según manifiestan, alegando, en esencia, abuso de derecho y ejercicio antisocial por parte de la solicitante.

III

El registrador mercantil de Badajoz, dictó resolución de fecha 19 de abril de 2018, por la que acordó desestimar la oposición de la sociedad.

IV

Doña ….. y don ….., en su condición de administradores mancomunados de la sociedad, por escrito de fecha 17 de abril de 2018, que tuvo su entrada en el registro mercantil de Badajoz el día 18 del mismo mes y año, interpusieron recurso contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se basan en el abuso de derecho y ejercicio antisocial por parte de la solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso, en los términos en que está planteado, no puede prosperar. Así, en cuanto a la alegación única relativa al abuso de derecho y ejercicio antisocial por parte 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 (artículo 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 (artículo 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. Lo anterior, unido al cumplimiento por la 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 la socia 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Badajoz, de fecha 19 de abril de 2018, por la que acordó desestimar la oposición de la sociedad.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Badajoz.

Resolución de 21 de agosto de 2018

En el expediente 97/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pla de Shivau, S.L

HECHOS

I

Don ….. presenta escrito de fecha 28 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Vitoria, 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 la mercantil «Pla de Shivau, S.L. (titular del 33,3 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 28 de marzo de 2018 en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 17 de Abril presentado el mismo día alegando que el 14 de diciembre de 2017 tuvo lugar junta general extraordinaria de la mercantil «Pla de Shivau, S.L.» con asistencia presentes y representados del 100% del capital social, en el que, entre otros, se adoptó en el voto favorable del 66,6666% el acuerdo de ampliación de capital. Que tras la ejecución del «acuerdo de ampliación de capital hasta la cifra de 140.000 euros, recogiéndose en el Libro Registro de Socios dicha ampliación, del que resulta que el socio ….., que no se acogía la ampliación, actualmente es titular de participaciones sociales que representan el 0,71% del capital social».

III

El registrador mercantil de Álava, don Esteban Moyano Morales, dictó resolución de fecha 23 de abril de 2018 por la que acordó que «no proceder al nombramiento de auditor para el ejercicio 2017 de la sociedad «Pla de Shivau, S.L.» al carecer el solicitante de legitimación para realizar la solicitud de la designación de auditor de cuentas de la compañía.» Añade en la resolución recurrida que la escritura autorizada por la Notario de Vitoria-Gasteiz, doña Blanca Palacios Guillem, el día 15 de enero de 2018, con el número 122 de protocolo, que recoge la citada ampliación de capital, ha sido debidamente inscrita en la inscripción 4a de la hoja social en fecha 19 de abril de 2018.

IV

Don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 23 de abril alegando que «dicha ampliación de capital no existe realmente, es ficticia y solo consta de manera formal y con el único fin de ocasionar un gravísimo perjuicio al compareciente, socio minoritario de la compañía.».

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 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.

Como excepción a esta regla general, este Centro Directivo ha reconocido desde antiguo el hecho de que, dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea éste judicial, registral o voluntario, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

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

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

auditor, b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

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. 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 (artículo 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). De este modo la calificación registral se extiende a la legitimación del solicitante, acreditando ser titular del al menos el 5% del capital social; el cumplimiento del plazo de tal solicitud, que se haga en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social; y que la sociedad no haya enervado el derecho del socio minoritario conforme a lo anteriormente expuesto.

3. En el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar al no quedar acreditada la legitimidad del solicitante pues según resulta, tanto de la documentación aportada por la sociedad como de la propia resolución recurrida, la sociedad amplió su capital social por acuerdo de Junta General Extraordinaria de 14 de diciembre de 2017, elevado a público por escritura de 15 de enero de 2018 y debidamente inscrito en la hoja social de la sociedad el 19 de abril (inscripción 4:i), quedando reducida la participación del solicitante en la sociedad al 0,71% del capital social; debiendo plantearse cualquier cuestión relativa a la legalidad de tal acuerdo ante los Tribunales de Justicia.

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 23 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Álava.

Resolución de 27 de agosto de 2018

En el expediente 80/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inversiones o Siveiro, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 2 de febrero de 2018, 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 «Inversiones o Siveiro, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 22 de febrero de 2018, que tuvo su entrada en el registro mercantil el día 23 de febrero, suscrito por don ….. en su condición de administrador solidario de la misma, alegando, en esencia, que la solicitante carece de legitimación al efecto, según resulta de los datos obrantes en la sociedad en cuestión.

En concreto, alega la sociedad que doña ….. ha transmitido una participación social a otra persona y, además, tras la ampliación de capital social y transcurrido el plazo para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, éste no fue ejercitado por doña Susana Cela Talavera, de modo que, como consecuencia de todo ello, la participación que ostenta la

mencionada socia, siendo del 0,6428% del capital social (se trascribe en el propio escrito cuadro completo de socios, participaciones y porcentajes equivalentes en el capital social), no le habilita para solicitar nombramiento de auditor, al no reunir el porcentaje exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El registrador mercantil de Madrid, don Jorge Salazar García, dictó resolución de fecha 2 de marzo de 2018, por la que resuelve desestimar la solicitud de nombramiento de auditor instado por doña ….. al estimar que la solicitante no ostenta el capital mínimo exigido para ello del 5%.

IV

Doña ….., por escrito que tuvo entrada el día 16 de abril en el registro mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, en el que, además de otras manifestaciones, alega ostentar una participación en la sociedad superior al 5% del capital social de la misma, dado que cuando presenta la solicitud de auditoría todavía se podía ejercitar el derecho de suscripción preferente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro, 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 (artículo 21 del Código de

Comercio). Sólo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es exacto y válido (artículo 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 (artículo 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 (artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital), y legitima para ejercitar los derechos inherentes a la misma (artículo 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 (artículo 34 de la propia Ley), o de la responsabilidad que de dicha circunstancia derive hacia los administradores (artículo 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 (artículo 104 de la Ley), y el ejercicio de los derechos inherentes a esta condición: derecho al dividendo (artículo 275), a la cuota de liquidación (artículo 392), al de asunción o suscripción preferente (artículo 304), al de asistir (artículo 179), y votar (artículo 188), en las juntas generales, así como el de obtener información (196 y 197 de la Ley), e impugnar los acuerdos sociales (artículo 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 (artículo 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 con 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).

3. En el presente caso resulta del expediente y de la documentación aportada, a la vista del cuadro de socios, participaciones y porcentajes equivalentes en el capital social referido en el antecedente II, que la escritura de aumento de capital justificaría la exclusión de la legitimación de la socia requirente causando efectos desde la valida adopción de los acuerdos sociales. Así, en el momento mismo de la presentación de la solicitud, doña ….. no ostentaba ya el capital mínimo exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, procediendo, en consecuencia, la desestimación del recurso.

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 –como es el supuesto objeto de la presente– *(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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de registrador mercantil de Madrid, don Jorge Salazar García, de fecha 2 de marzo de 2018, por la que resuelve no acceder al nombramiento de auditor solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 28 de agosto de 2018 (1.ª)

En el expediente 106/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cal Guardiet, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 8 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el 15 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 «Cal Guardiet, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad no se opuso a la pretensión del socio.

III

El registrador mercantil de Barcelona n.º 16, don Francisco Javier González del Valle García dictó resolución en fecha 3 de mayo de 2018 por la que acordó inadmitir la solicitud y desestimar la solicitud de designación de auditor.

IV

Don ….., por escrito de fecha 22 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día 25 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 la resolución del registrador mercantil se basa en un supuesto de hecho incorrecto. Que el día 3 de julio de 2017 fue cesado de su condición de administrador solidario en la junta que se celebró en dicha fecha. Que la nueva administradora única no ha aportado al Registro Mercantil la documentación oportuna para que así conste. Que así resulta del acta de la citada junta de la que acompaña copia por lo que procede la revocación de la resolución del registrador.

De la copia citada que consta en el expediente resulta: Que la junta general de la sociedad se reunió el día 3 de julio de 2017 con la asistencia del 100% del capital social prestando el consentimiento unánime al orden del día por lo que tuvo el carácter de junta general universal. Que en el desarrollo de la junta se acordó por la mayoría social la designación de doña ….. como nueva administradora única con carácter indefinido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 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 sep-

tiembre 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 de la resolución del registrador, del contenido del registro resulta que el socio solicitante ha sido efectivamente administrador de la sociedad durante el ejercicio cuya contabilidad solicitar auditar. Del artículo 20 del Código de Comercio resulta la presunción de que el contenido del Registro Mercantil se presume exacto, presunción que debe decaer cuando se presenta prueba en contrario como ocurre en el presente supuesto al no resultar intereses de terceros.

Del escrito de recurso y de la documentación que al mismo acompaña resulta que el solicitante 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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Barcelona n.º 16, don Francisco Javier González del Valle García de fecha 3 de mayo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 28 de agosto de 2018 (2.ª)

En el expediente 135/2018 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Barcelona Port Investments, S.L.».

HECHOS

I

Por resolución de fecha 19 de julio de 2018, con entrada en este Ministerio el día 24 de julio del mismo año, 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 las cuentas consolidadas del ejercicio 2017 de la sociedad «Barcelona Port Investments, 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 11 de julio de 2018, formulada por doña ….., en su condición de Secretario del Consejo de Administración de la sociedad «Barcelona Port Investments, S.L.», con el Visto Bueno del Presidente del Consejo de Administración, don ….., cuyas firmas se encuentran legitimadas el 11 de julio de 2018 por el notario de Barcelona, don Ignacio Javier Boisán Cañamero, y que fue presentado en el registro mercantil de Barcelona el 12 de julio de 2018, así como la resolución de fecha 19 de julio de 2018 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 11 de julio de 2018, formulada por doña ….., en su condición de Secretario del Consejo de Administración de la sociedad «Barcelona Port Investments, S.L.», y según manifiesta la interesada, resulta, en esencia, que:

1.º «Deloitte, S.L.» es el auditor de las cuentas individuales correspondientes al ejercicio 2017 de la mercantil solicitante, Barcelona Port Investments, S.L.», así como de «Creuers del Port de Barcelona, S.A.» –Sociedad Unipersonal– que se encuentra íntegramente participada por la sociedad y de «Cruceros Málaga, S.A.», participada indirectamente por la sociedad en un 80%.

2.º En cumplimiento de lo previsto en el contrato de financiación bancaria concedido a la sociedad, «Deloitte, S.L.» ha auditado las cuentas anuales consolidadas de la sociedad correspondientes a los ejercicios 2015 y 2016 y que, al tratarse de auditorías voluntarias, la junta general no nombró formalmente a «Deloitte, S.L.» como auditor de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad.

3.º Finalizado el ejercicio 2017, «Deloitte, S.L.» comunicó a la sociedad que se cumplían los requisitos que, de conformidad con el artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital, comportan la obligación de auditar las cuentas anuales consolidadas de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017.

4.º «Deloitte, S.L.» ha preparado el informe de auditoría relativo a las cuentas anuales consolidadas de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017.

5.º El nombramiento de otro auditor comportaría ineficiencias, costes y riesgos para la sociedad solicitante.

6.º En virtud de lo anterior, y en atención a las especiales circunstancias de la sociedad en relación con la necesidad de nombramiento de un auditor para auditar las cuentas consolidadas de la sociedad para el ejercicio 2017, solicita el interesado que se proceda al nombramiento de la sociedad «Deloitte, S.L.», como auditor de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017. Caso de no considerarse por esta Dirección General los argumentos anteriores respecto de la necesidad de nombrar al efecto a «Deloitte, S.L.» como auditor, solicita se proceda a nombrar a «KPMG Auditores, S.L.» o, de no ser posible, a otra firma de auditoría de reconocido prestigio.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, resolvió con fecha 19 de julio de 2018 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 las cuentas consolidadas del ejercicio 2017 de la sociedad en cuestión concurriendo las siguientes circunstancias excepcionales previstas en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil:

1.º Que la sociedad «Barcelona Port Investments, S.L.» consolida cuentas con relación al citado ejercicio.

2.º La sociedad a que se refiere la solicitud cuenta con que el trabajo de auditoría y consiguiente informe relativo a las cuentas consolidadas correspondientes al ejercicio 2017 ya ha sido realizado por la firma de auditoría «Deloitte, S.L.», por lo que también motivos económicos favorecerían esta solución.

3.º Que sociedad «Barcelona Port Investments, S.L.», nombró auditor para la verificación de las cuentas anuales individuales de los ejercicios 2016, 2017 y 2018 a la sociedad «Deloitte, S.L.».

4.º La auditoría de las cuentas anuales propias de la sociedad peticionaria del ejercicio 2016 ha sido realizada por la firma auditora «Deloitte, S.L.», lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante.

5.º La auditoría de las cuentas anuales propias de la sociedad del grupo de la peticionaria, «Creuers del Port de Barcelona, S.A.» –Sociedad Unipersonal– del ejercicio 2016 ha sido realizada también por la firma auditora «Deloitte, 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 llevadas 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, entre las que destaca que finalizado el ejercicio 2017, «Deloitte, S.L.» –auditora encargada de la verificación de las cuentas individuales de la mercantil para los ejercicios 2016, 2017 y 2018– comunicó a la sociedad que se cumplían los requisitos que, de conformidad con el artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital, comportan la obligación de auditar las cuentas anuales consolidadas de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017; lo que supondría encontrarse dentro del supuesto antes referido como b) del número 1 de esta resolución.

3. Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, resolvió con fecha 19 de julio de 2018 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 19 de julio de 2018, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor por cuanto se considera supuesto de excepción que la sociedad esté obligada a formular cuentas e informe de gestión consolidados tras la verificación de la cuentas individuales al cierre del ejercicio 2017. Concurren, además, presupuestos reveladores de la conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad peticionaria del ejercicio 2017 sea hecha por la misma auditora que ha sido nombrada para los ejercicios 2016, 2017 y 2018 y ha llevado a cabo ya la auditoría voluntaria de las cuentas anuales individuales de los ejercicios cerrados a 2016 y 2017 que, por otra parte, es la misma auditora que ha verificado la auditoría de las cuentas anuales propias de la sociedad del grupo de la peticionaria, «Creuers del Port de Barcelona, S.A.», lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante, ello unido a la concurrencia de presupuestos reveladores de volumen económico significativo, según resulta de la resolución registral en relación con los ejercicios 2015 y 2016.

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 «Barcelona Port Investments, S.L.», a fin de que verifique las cuentas anuales consolidadas correspondientes al ejercicio 2017, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registro mercantil de Barcelona XIV al nombramiento de la mercantil «Deloitte, S.L.», con inscripción en el ROAC número S0692 –según resulta del expediente–, como auditor de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Barcelona XIV 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 28 de agosto de 2018 (3.ª)

En el expediente 144/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Instatechd 3000, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 15 de enero de 2018 dirigido al Registro Mercantil de Gerona, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capi-

tal y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Instatechd 3000, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, que la solicitud está mal realizada porque no cumple con los requisitos del artículo 351, en cuanto que no expresa la causa de la misma. Además, alega abuso de derecho y mala fe por parte del socio en su solicitud.

III

El registrador mercantil de Gerona, don Jesús Garbayo Blanch, dictó resolución de fecha 5 de febrero de 2018, por la que acordó desestimar la oposición de la sociedad al nombramiento de auditor solicitado.

IV

Don ….., en nombre y representación de la sociedad, como administrador único de la misma, por escrito de fecha 22 de febrero de 2018, que tuvo su entrada en el registro mercantil de Gerona el día 27 del mismo mes de febrero, interpuso recurso contra dicha resolución reiterando los fundamentos de su escrito de oposición, que no se reproducen por innecesario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, y en lo que se refiere a la alegación relativa a la inexistencia de causa para la designación de auditor, es doctrina consolidada de esta Dirección General 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 (artículos 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.

2. En cuanto al motivo de alegación relativo al abuso de derecho y mala fe por parte 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 (artículo 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 (artículo 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. 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Gerona I, don Jesús Garbayo Blanch, de fecha 5 de febrero de 2018, por la que desestima la oposición de la sociedad, procediendo, en consecuencia, el nombramiento de auditor solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Girona.

Resolución de 28 de agosto de 2018 (4.ª)

En el expediente 145/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Aptus Tecnología, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 2 de enero de 2018 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día 2 de enero, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Aptus Tecnología, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 15 de enero de 2018 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo día 15 de enero alegando, en esencia, que la sociedad ha acordado la designación de auditor para los próximos tres ejercicios 2017, 2018 y 2019 en la compañía «Audycuenta, S.A.».

III

Con fecha 17 de enero de 2018, el registrador mercantil de Madrid XII, don Adolfo García Ferreiro, acordó como diligencia para mejor proveer requerir a la sociedad para que en el plazo concedido al efecto se procediera al objeto de determinar si el derecho del socio había quedado ineludiblemente garantizado. Tras la presentación de la documentación pertinente, el nombramiento de auditor fue inscrito según el registro mercantil con fecha 12 de febrero de 2018, causando la inscripción 7.ª de la hoja social.

IV

El Registrador Mercantil de Madrid XII, don Adolfo García Ferreiro, dictó resolución de fecha 14 de febrero de 2018, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

V

Don ….., por escrito de fecha 6 de marzo de 2018, que tuvo entrada el día 13 de marzo de 2018 en el Registro Mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, aduciendo como motivo de recurso, en esencia y según se desprende del mismo, infracción de los artículos 160, b), 264 y 265 de la ley de sociedades de capital, ausencia de nombramiento por parte de la junta general del auditor designado por la sociedad y solicitando, en consecuencia, tener por presentado su escrito y por interpuesto, en tiempo y forma, recurso contra la resolución del registrador mercantil número XII de Madrid de fecha 14 de febrero de 2018.

Con el referido escrito de recurso acompaña el interesado la documentación que estima pertinente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, artículo 20 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, artículo 7

del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y 1.º de la Ley Hipotecaria, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Como cuestión previa hay que recordar lo dispuesto en el art. 20.1. del Código de Comercio, según el 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», por su parte, también en el ámbito mercantil, el artículo 8.º del Reglamento del Registro Mercantil dispone que «1. El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad»; en el mismo sentido, el párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, dispone que «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley».

2. En segundo lugar, y en cuanto a la alegación de infracción de los artículos 160, b), 264 y 265 de la ley de sociedades de capital, ausencia de nombramiento por parte de la junta general del auditor designado por la sociedad, hay que tener en cuenta que 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; la inscripción se lleva a cabo y el auditor voluntario es inscrito en el Registro Mercantil, siendo objeto de la inscripción 7.ª de la hoja social de fecha 12 de febrero de 2018.

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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procede 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 expediente, 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 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. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador don Adolfo García Ferreiro, dictada con fecha 14 de febrero de 2018, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 30 de agosto de 2018

En el expediente 155/2018 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Closure Systems International Holdings (Spain), S.A.».

HECHOS

I

Por resolución de fecha 21 de agosto de 2018, con entrada en este Ministerio el día 22 de agosto del mismo año, el registrador mercantil de Barcelona XVII, don Fernando de La Puente de Alfaro, 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 la verificación de las cuentas del grupo consolidado de la sociedad «Closure Systems International Holdings (Spain), S.A», para el ejercicio 2017, concurriendo circunstancias excepcionales previstas en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

II

Forman parte de dicho expediente. 1.º) la solicitud de nombramiento de auditor de fecha 8 de agosto de 2018, formulada por don ….. en su condición de miembro del Consejo de Administración de la sociedad «Closure Systems International Holdings (Spain), S.A.», debidamente autorizado según manifiesta, solicitud que se formuló tras el oportuno oficio del registro mercantil a la vista de la solicitud inicial y con la finalidad de concretar el ejercicio al que iba referida la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas consolidadas de la citada sociedad o bien relativo al precepto legal o reglamentario en el que basaba su solicitud, y que fue presentado en el registro mercantil de Barcelona el 13 de agosto de 2018; 2.ª) la resolución de fecha 21 de agosto de 2018 del registrador mercantil de Barcelona XVII, don Fernando de La Puente de Alfaro, resolviendo sobre la procedencia de tal nombramiento y elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud de nombramiento de auditor de fecha 8 de agosto de 2018, formulada por don ….. en su condición de miembro del Consejo de Administración de la sociedad, y según manifiesta el interesado, resulta, en esencia, que:

1.º Se solicita el nombramiento de auditor únicamente para el ejercicio económico cerrado el 31 de diciembre de 2017, en virtud del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, siendo el ejercicio para el que corresponde dicha designación por ser el que se encuentra finalizado.

2.º Se solicita expresamente que se eleve a la Dirección General de los Registros y del Notariado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, la solicitud de nombramiento de la entidad «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.» por concurrir las siguientes circunstancias especiales que hacen aplicable lo previsto en el citado artículo:

a) La sociedad a auditar está legalmente obligada a formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados, siendo el nombramiento de auditor interesado para la auditoría de las cuentas consolidadas de la sociedad, incluyéndose asimismo en dicha consolidación la sociedad filial cuya última cuenta de pérdidas y ganancias depositada en el registro mercantil de Barcelona no se formuló de forma abreviada.

b) La empresa filial de la sociedad, la entidad «Closure Systems International España, S.L.» (Sociedad Unipersonal), ha sido ya auditada para el ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2017 por «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L», habiendo terminado la auditoría y emitido el informe correspondiente, y habiendo sido depositadas las mencionadas cuentas anuales en el registro mercantil de Barcelona.

c) Los últimos tres ejercicios de la mercantil «Closure Systems International España, S.L.» (Sociedad Unipersonal) han sido auditados por la entidad «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.».

d) El trabajo ya realizado por «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.» en estos años para la filial «Closure Systems International España, S.L.» (Sociedad Unipersonal) servirá de base para la preparación de la documentación correspondiente a la consolidación de las cuentas anuales del grupo, reduciéndose enormemente el tiempo, trabajo e importe de la auditoría de las referidas cuentas anuales consolidadas, siendo asimismo «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.» la entidad que tiene un conocimiento íntegro de las particularidades de dicha filial y del grupo y podrá realizar en consecuencia dicho encargo cabalmente y con pleno conocimiento de causa, previéndose que los resultados del trabajo de auditoría realizados por la auditora citada serán del mayor nivel de concreción, exactitud y corrección posible dado su completo entendimiento de las circunstancias de la filial y del grupo.

e) La societal «Closure Systems International Holdings (Spain), S.A.» (Sociedad Unipersonal) y su filial «Closure Systems International España, S.L.» (Sociedad Unipersonal) pertenecen a un grupo multinacional denominado «Reynolds Group Holding», que tiene como auditor preferente en todos los países en los que opera a «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.»; habiendo ya realizado dicha entidad, por requerimientos de la corporación, informes y valoraciones en los últimos tres años de la sociedad, siendo en consecuencia la entidad de auditoría que conoce mejor los antecedentes de la sociedad.

f) Habiéndose realizado la mayor parte del trabajo de campo de auditoría por «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L», designar a otro auditor implicaría repetir innecesariamente toda la auditoría con el incremento extraordinario de coste, tiempo, esfuerzo y calidad del trabajo que ello implicaría y no se encontraría justificado conforme a los criterios de buena gestión.

g) «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.» fue asimismo la entidad originalmente nombrada por el accionista único de la sociedad, habiendo dicha entidad ya aceptado dicho encargo y empezado de hecho con los correspondientes trabajos, no habiéndose inscrito su nombramiento por un mero retraso en cuanto al mismo.

3.º En virtud de lo anterior, y en atención a las especiales circunstancias de la sociedad en relación con la necesidad de nombramiento de un auditor para auditar las cuentas consolidadas de la sociedad para el ejercicio 2017, solicita el interesado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, se proceda al nombramiento de la sociedad «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.», como auditor de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona XVII, don Fernando de La Puente de Alfaro, resolvió con fecha 21 de agosto de 2018 sobre la procedencia de tal nombramiento y elevó el expediente a esta Dirección General. En concreto, resuelve que procedente el nombramiento de auditor solicitado para la verificación de las cuentas consolidadas del ejercicio de 2017 de la sociedad «Closure Systems International Holdings (Spain), S.A.» (Sociedad Unipersonal) y habiéndose interesado por el promotor del expediente el nombramiento de auditor a favor de «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.», por entender que concurren las circunstancias del artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

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 llevadas 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.

3. Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona XVII, don Fernando de La Puente de Alfaro, resolvió con fecha 21 de agosto de 2018 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 XVII, don Fernando de La Puente de Alfaro, antes citada, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor por cuanto se considera supuesto de excepción que la sociedad esté obligada a formular cuentas e informe de gestión consolidados al cierre del ejercicio 2017. Además, la sociedad filial «Closure Systems International España, S.L.» (Sociedad Unipersonal) ha depositado en el registro mercantil de Barcelona las cuentas correspondientes a los ejercicios 2015, 2016 y 2017, auditadas por la misma firma «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.»; la propia sociedad peticionaria, «Closure Systems International Holdings (Spain), S.A.», nombró auditor para la verificación de las cuentas anuales del grupo consolidado para los ejercicios 2017, 2018 y 2019 a la mercantil «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.», lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias con-

tables de la mercantil solicitante. A lo anterior, hay que añadir que concurren, además, presupuestos reveladores de volumen económico significativo, según resulta de la resolución registral en relación con los ejercicios 2014 a 2017, ambos incluidos, dado que el total de las partidas del activo, en todos los ejercicios indicados, supera los once millones cuatrocientos mil euros, y el importe neto de su cifra anual de negocios, también en todos los ejercicios indicados, supera los veintidós millones ochocientos mil euros.

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 «Closure Systems International Holdings (Spain), S.A», a fin de que verifique las cuentas anuales consolidadas correspondientes al ejercicio 2017, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registro mercantil de Barcelona XVII al nombramiento de la mercantil «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.», con inscripción en el ROAC número S0242 –según resulta del expediente–, como auditor de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Barcelona XVII 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, 30 de agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 3 de septiembre de 2018 (1.ª)

En el expediente 96/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inresjap, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presenta escrito de fecha 28 de marzo de 2018, 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 socio de la mercantil Sushi & Tapas, S.L. (al ser titular del 28,21952 del capital social de la mencionada sociedad) que es a su vez socio único de la mercantil «Inresjap, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 de la segunda de las mercantiles citadas.

II

El registrador mercantil y de bienes muebles I de Tenerife, don Andrés Barettino Coloma, dictó resolución de fecha 4 de abril de 2018 por la que requiere al solicitante para que acredite su carácter de socio de la mercantil «Inresjao, S.L.» o, en su caso, si «actúa en representación deberá acreditar la misma con poder suficiente», ya que no figura como socio de la misma en la documentación aportada junto con la solicitud.

III

Don ….. atiende al mencionado requerimiento mediante escrito de fecha 16 de abril de 2018, presentado el día 18 del mismo mes, en el que indica que «no actuaba ni actúa en representación por lo que no es necesario la aportación de poder acreditativo alguno al respecto», reiterando que es socio de la mercantil «Sushi & Tapas, S.L.», sociedad que es socio único de la mercantil «Inresjap, S.L.»; concluyendo que «los derechos políticos que don ….. ostenta en la sociedad matriz y que suponen más del 5% del capital social de la misma pueden ser ejercidos de igual forma en la sociedad filial».

IV

El registrador mercantil y de bienes muebles I de Tenerife, don Andrés Barettino Coloma, dicta resolución de fecha 18 de abril de 2018 por la que resuelve que «don ….. sigue sin acreditar su legitimación para solicitar el nombramiento de auditor de la sociedad «por lo que «no procede al nombramiento de auditor solicitado».

V

Don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 18 de abril, reiterando los argumentos anteriormente expuestos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. 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.

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. 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 obje-

tivo 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 (artículo 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). De este modo la calificación registral se extiende a la legitimación del solicitante, acreditando ser titular del al menos el 5% del capital social; el cumplimiento del plazo de tal solicitud, que se haga en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social; y que la sociedad no haya enervado el derecho del socio minoritario conforme a lo anteriormente expuesto.

3. En el presente expediente no queda acreditada la legitimidad del solicitante, ya que según resulta tanto de la solicitud como del propio contenido del escrito de recurso planteado así como del historial registral de la sociedad, el socio único de la mercantil «Inresjap, S.L.» (sociedad respecto de la que se solicita la auditoría de sus cuentas correspondientes al ejercicio 2017) es la mercantil «Sushi & Tapas, S.L», única legitimada para solicitar tal auditoría conforme a lo dispuesto en el mencionado artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital a través de sus representantes orgánicos o voluntarios.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil y de bienes muebles I de Tenerife, don Andrés Barettino Coloma, de fecha 18 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 septiembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Tenerife.

Resolución de 3 de septiembre de 2018 (2.ª)

En el expediente 107/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Clínica Veterinaria Alacant, S.L.»

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 28 de marzo de 2018 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 2017.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que en junta general celebrada el día 21 de diciembre de 2017, la sociedad había designado auditor y suplente para el citado ejercicio.

III

El registrador mercantil de Alicante n.º 1, don Jaime del Valle Pintós dictó resolución en fecha 26 de abril de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….. y don …..., por escrito de fecha 29 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Alicante, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que la resolución del registrador se fundamenta en la falta de fehaciencia de la fecha de la certificación que acredita la designación de auditor en junta de 21 de diciembre de 2017, pero es la propia socia que solicita ahora la designación la que intervino en dicha junta, representada por persona notarialmente autorizada, por lo que debería ser aplicable el artículo 1225 del Código Civil. No puede alegarse falta de fehaciencia a una junta que se celebró con asistencia de todos los socios en beneficio de uno sólo de ellos. Se acompaña copia del acta de la junta en la que constan las firmas de los asistentes, incluyendo la del representante de la solicitante en virtud de poder especial para asistir a la junta a celebrar en la fecha de 21 de diciembre de 2017. Igualmente se acompaña copia del burofax remitido a la señora solicitante del que resulta la recepción de la convocatoria de la junta y del punto del orden del día de designación de auditor. Que en cualquier caso debe recordarse la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de prueba en contrario frente a la presunción del artículo 1227 del Código Civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 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 6 de agosto de 2018 y con entrada en este ministerio el día 14 inmediato posterior, aporta al expediente informe de verificación correspondiente a la sociedad y a su ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2017. El informe está emitido por la firma Bernabéu Auditores S.L. y tiene fecha 2 de agosto de 2018.

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 Alicante n.º 1, don Jaime del Valle Pintós de fecha 26 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 septiembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 3 de septiembre de 2018 (3.ª)

En el expediente 113/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Asesoramiento y Gestión de Tarjetas Privadas, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 27 de marzo de 2018, dirigido al registro mercantil de Asturias, 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 la mercantil «Asesoramiento y Gestión de Tarjetas Privadas, S.L.» (titular del 43 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 28 de marzo de 2018 en el domicilio social, siendo recibido el día 23 de abril de 2018, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 26 de abril del mismo año, presentado el día 27 del mismo mes, suscrito por don ….., en su condición de administrador único de la mercantil. En dicho escrito de oposición alega que con fecha 23 de enero de 2018 ha contratado la realización de la auditoría del ejercicio 2017 con el auditor don ….., ROAC 17423, adjuntando el contrato. Continúa señalando que dicho nombramiento no ha sido registrado en el registro mercantil debido a que se trataría de una auditoría voluntaria, por no exceder de los límites legalmente establecidos, y por tanto no ser obligatoria dicha inscripción.

III

La registradora mercantil de Asturias, Madrid, doña M.ª Concepción Solance del Castillo, dictó resolución de fecha 2 de mayo de 2018 por la que acordó acceder a la petición formulada por don ….., en orden al nombramiento por registrador mercantil de auditor de cuentas para el ejercicio 2017 de la mercantil «Asesoramiento y Gestión de Tarjetas Privadas, S.L.».

IV

Don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución de 2 de mayo de 2018, alegando que «justificó la existencia de la contratación de un auditor para el ejercicio 2017, con un contrato del que se desprende que el plazo para realizar la auditoría aún no había finalizado y que, en consecuencia, entiende el recurrente, debería haberse dejado en suspenso el nombramiento de auditor por el registro mercantil, hasta tanto transcurriese el plazo para que el auditor contratado emitiese su informe, y sólo en el caso de que esto no se produjese, entonces sí procedería nombrarlo por el registro mercantil de Asturias.

V

Este Centro Directivo mediante resolución de 3 de julio de 2018, y al amparo de lo previsto en el artículo 118 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, requiere a la mercantil para que justifique el hecho de haberse procedido a la inscripción en el registro mercantil o bien haberse entregado el informe de verificación contable a los socios solicitantes o bien para que se aporte el informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2017.

VI

Con fecha 30 de julio de 2018 tiene entrada en este Centro Directivo escrito remitido por don ….., administrador de la mercantil «Asesoramiento y Gestión de Tarjetas Privadas, S.L.», al que se acompaña el informe de auditoría emitido por el auditor don ….., sobre las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 de la citada sociedad. Se acompaña el informe indicado para su incorporación al expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. 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.

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 resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 27 de marzo de 2017 y, por otro, que la sociedad nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo a la solicitud en fecha 23 de enero de 2018, al acompañar tanto el contrato como la aceptación por parte del auditor designado para el ejercicio 2017. Además, obra en el expediente el informe de auditoría en cuestión remitido por el administrador de la sociedad a esta Dirección General emitido por don ….., sobre las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 de la sociedad «Asesoramiento y Gestión de Tarjetas Privadas, S.L.».

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

La resolución de la registradora mercantil de Asturias, doña M.ª Concepción Solance del Castillo, de fecha 2 de mayo de 2018, acordó acceder a la

petición formulada por don ….., en orden al nombramiento por registrador mercantil de auditor de cuentas para el ejercicio 2017 de la mercantil.

Si bien, con posterioridad, y según resulta de los antecedentes dichos, y así obra en el expediente, tiene entrada en este Centro Directivo, ya en sede de recurso, escrito remitido don ….., administrador de la mercantil «Asesoramiento y Gestión de Tarjetas Privadas, S.L.», al que se acompaña el informe de auditoría emitido por el auditor don ….., sobre las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 de la citada sociedad. Aportación de auditoría voluntaria en fase de recurso que enerva el derecho del socio minoritario a la verificación contable al acreditarse el cumplimiento de las dos condiciones concurrentes: a) Que es anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantiza el derecho del socio al informe de auditoría por su incorporación al expediente en fecha 30 de julio de 2018.

En este sentido, 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas).

De conformidad con las consideraciones anteriores esta Dirección General resuelve estimar el recurso dado que el interés del solicitante ha quedado debidamente cumplimentado con la aportación del informe de verificación al expediente.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Asturias, doña M.ª Concepción Solance del Castillo, dictada con fecha 2 de mayo de 2018, por la que acordó acceder a la petición formulada por don ….., en orden al nombramiento por registrador mercantil de auditor de cuentas para el ejercicio 2017 de la mercantil, en los términos que resultan de la presente.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 septiembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Asturias.

Resolución de 5 de septiembre de 2018

En el expediente 108/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de la «Compañía de Servicios de la Puerta del Carmen, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presenta escrito de fecha 28 de marzo de 2018, 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 la mercantil «Compañía de Servicios de la Puerta del Carmen, S.A.» (titular del 10,65 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La anterior solicitud es notificada a la mercantil por resolución de 3 de abril de 2018 en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 10 de Abril, presentado el día 12 del mismo mes, alegando que el solicitante «el 16 de enero de 2004, y ante el notario de Venta de Baños, don Juan Carlos Villamuza Rodríguez, don ….. transmitió don ….. 54 acciones representativas del capital social», «la forma de pago de dicho precio, totalmente aplazado y fraccionado, contenía una condición resolutoria». Indica la mercantil que el adquirente no satisfizo cantidad alguna por lo que la titularidad de las acciones volvió a la vendedora, así «lo han notificado los socios de la sociedad, don ….. a don …..., mediante burofax informativo de la resolución de compraventa de fecha 14 de febrero de 2018».

III

El registrador mercantil de Zaragoza, don Joaquín J. Oria Almudí, dictó resolución de fecha 18 de abril de 2018 por la que acordó que «el burofax remitido por el vendedor al comprador no puede entenderse como una resolución de la venta, y aún menos sin que conste que dicha resolución ha sido consentida y aceptada por el comprador». Así, concluye que «la efectiva resolución no tiene efectos civiles hasta que exista una decisión judicial firme, o el consentimiento fehaciente de ambas partes para la resolución por mutuo disenso».

IV

Don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra la citada resolución de 18 de abril, alegando que tal resolución contractual debe ser estimada ya que la misma ha sido notificada por burofax al comprador y «no ha sido objeto de impugnación judicial por este. Media por tanto en el presente supuesto un claro allanamiento por parte de don …..».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. 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 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.

2. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo con las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (artículo 117 de la constitución española en relación con los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). De este modo la calificación registral se extiende a la legitimación del solicitante, acreditando ser titular del al menos el 5% del capital social; el cumplimiento

del plazo de tal solicitud, que se haga en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social; y que la sociedad no haya enervado el derecho del socio minoritario conforme a lo anteriormente expuesto.

3. En el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar al no quedar desvirtuada la legitimidad del solicitante pues, según resulta del propio escrito de recurso, el solicitante adquirió la condición de socio mediante una compraventa de acciones con precio aplazado y condición resolutoria. Manifiesta la mercantil que dicho precio no fue satisfecho y que la parte vendedora requirió mediante burofax la resolución de la mencionada compraventa. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la mera reclamación de cantidad no legitima a quien ha sido socio para ejercer unos derechos que le fueron transferidos junto a la titularidad de las acciones y cuyo ejercicio corresponde al comprador. Es cierto que en el contrato que se aporta al expediente consta un pacto de condición resolutoria pero, a falta de consentimiento de ambas partes, hasta que no exista una resolución judicial firme de la que resulte como consecuencia la restitución de las prestaciones, la parte vendedora no habrá recuperado el dominio de las acciones vendidas, correspondiendo por tanto tal condición junto con los derechos inherentes a la misma al comprador; sin poder estimarse conforme a derecho un allanamiento tácito por parte del mismo al no impugnar judicialmente el contenido de burofax enviado.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Zaragoza, don Joaquín J. Oria Almudí, de fecha 18 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 septiembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Zaragoza.

Resolución de 6 de septiembre de 2018 (1.ª)

En el expediente 120/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «López Richarte, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito dirigido al Registro Mercantil de Albacete, en el que tuvo su entrada el 14 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 «López Richarte, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando su total disposición a que se llevase a cabo la auditoría si bien poniendo en duda su necesidad dado que nunca se había negado el acceso a la contabilidad y a la información societaria en general. Igualmente resulta del escrito aportado al expediente que la finalidad de la solicitud no es otra que causar un perjuicio patrimonial a la empresa. Que la empresa se encuentra en situación contable de fondos propios negativos.

III

El registrador mercantil de Albacete, don Flavio Muñoz García dictó resolución en fecha 2 de abril de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., como administradora de la sociedad, por escrito que tuvo entrada el día 19 de abril de 2018 en el Registro General de este Ministerio, 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 se añade la solicitud de que los costes de la auditoría sean asumidos por la parte solicitante.

Dado traslado del anterior escrito a la parte solicitante, por parte del Registro Mercantil de Albacete, mediante distintas notificaciones, siendo la última de ellas publicada en el Boletín Oficial del Estado de fecha 8 de junio de 2018, contestó mediante escrito que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Albacete el día 21 de junio inmediato posterior en el que, entre otras alegaciones (que la sociedad no formula cuentas ni se presentan a aprobación, que no se obtiene información sobre la situación de la sociedad, que existen procedimientos penales pendiente entre el solicitante y la sociedad, que la situación de la sociedad es de solvencia…), se reitera la solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 en que se fundamenta alcanza a enervar el derecho que al socio minoritario reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital a que se designe un auditor por parte del registrador mercantil.

Es preciso insistir en 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 (artículo 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 representación de la sociedad 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.

Sin perjuicio de lo anterior y en aras a dar cumplida respuesta a las alegaciones de las partes, esta Dirección General lleva a cabo los siguientes pronunciamientos.

2. La sociedad alega que la auditoría no es precisa por cuanto nunca se ha negado la información necesaria al socio solicitante. Esta Dirección General ha afirmado en numerosísimas ocasiones que tal afirmación, que el solicitante no acepta y que no constituye el objeto del presente expediente, 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* 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» (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de cuentas).

3. La sociedad alega que la única finalidad de la solicitud es la de producir un perjuicio a la sociedad. 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 (artículo 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 (artículo 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 la sociedad alega que su situación económica es de fondos propios negativos y que el coste de la auditoría debe correr a cargo del solicitante. 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 (artículo 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 econó-

micas 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 Albacete, don Flavio Muñoz García de fecha 2 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Albacete.

Resolución de 6 de septiembre de 2018 (2.ª)

En el expediente 122/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tresman Ingenieria y Servicios, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 14 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Tresman Ingenieria y Servicios, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad ha iniciado un procedimiento de exclusión del socio solicitante al haber dejado de realizar las prestaciones accesorias a que está obligado. Que se trata de una sociedad cuya actividad es la realización de proyectos de ingenie-

ría y que ambos socios se comprometieron a ostentar la cualidad de socios trabajadores, de lo que ha desistido unilateralmente el solicitante. 2.º Que igualmente el solicitante se ha negado a avalar determinadas operaciones incluidas en los acuerdos anteriores. 3.º Que el solicitante ha llevado a cabo determinados actos contra la sociedad y que esta ha iniciado medidas legales. 4.º Que en definitiva no tiene sentido que se actúe como socio cuando se le está apartando como tal de la sociedad.

III

El registrador mercantil de Pontevedra, don Vicente Artimé Cot dictó resolución en fecha 23 de abril de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., por escrito que tuvo entrada el día 27 de junio de 2018 en el Registro Mercantil de Pontevedra, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en cuyo escrito, y tras reiterar los expuestos en su previo escrito de oposición, añade, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que recibió la notificación de la resolución del registrador el día 12 de junio de 2018. 2.º Que como resulta del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil el derecho del socio no es absoluto pues cabe oposición de la sociedad. 3.º Que la Ley de Sociedades de Capital da varias posibilidades para expulsar a un socio de la sociedad ninguna de las cuales es sencilla ni automática. 4.º Que entre ellas está la que se da en el supuesto de hecho: incumplimiento de las prestaciones accesorias pactadas. 5.º Que el artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital establece que el acuerdo de expulsión debe ser acordado en junta general. Que en fecha 4 de junio de 2018 se celebró junta general a la que no asistió el solicitante pese a estar convocado. En dicha junta se acordó el inicio del procedimiento para proceder a la expulsión del socio solicitante por incumplimiento de prestaciones accesorias. 6.º Que se reitera que la mera apertura de un expediente de expulsión de socio debe ser causa suficiente para que no se acepte su pretensión. 7.º Que la estrategia del solicitante obedece a una intención de causar daño a la sociedad por lo que no debe amparase el ejercicio con mala fe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 por socio minoritario la designación de auditor al amparo de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital la sociedad se opone primero y recurre después en los términos que resultan de los hechos expuestos sin que ninguno de los argumentos contenidos en sus escritos permita enervar el derecho que al socio minoritario reconoce el precepto

citado. Procede en consecuencia, y en los términos en que se motiva a continuación, la desestimación del recurso.

2. Como acertadamente razona la resolución impugnada, 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 (artículo 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 representación 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. Incidiendo en las afirmaciones anteriores, 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 (artículo 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, como queda dicho, 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 pues de ello resultaría una extralimitación de ejercicio de su competencia y una inadmisible invasión de funciones jurisdiccionales.

4. Tampoco puede ser tenidas en cuenta las afirmaciones del recurrente sobre la existencia de acciones legales derivadas de las conductas del solicitante que señala. Sin perjuicio de que tal circunstancia no resulta de la documentación aportada por el recurrente, esta Dirección 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. Nada de esto resulta del expediente.

5. El núcleo de la argumentación de la sociedad recurrente se fundamenta en el hecho de que, según afirma, existe en marcha un procedimiento de expulsión del socio por incumplimiento de sus obligaciones sociales, en concreto se afirma, por incumplimiento de prestaciones accesorias.

Dejando de lado, por no ser el objeto de este expediente, que de los estatutos sociales aportados no resulta la existencia de prestaciones accesorias a cargo de los socios (artículo 86 en relación al 350, ambos de la Ley de Sociedades de Capital), lo cierto es que tal circunstancia no resulta del expediente sino de la mera manifestación de parte que lleva a cabo la sociedad. Como pone de relieve la resolución recurrida no consta acreditado en forma alguna que exista tal procedimiento por lo que no procede siquiera su valoración a los efectos de desvirtuar la legitimación del solicitante *(vide*, no obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007 y la posterior de 27 de mayo de 2013). Como resulta de la documentación del escrito de recurso sólo en fecha 4 de agosto de 2018, con posterioridad a la solicitud del socio, acuerda la sociedad iniciar los trámites para excluirle.

En definitiva, resultando del expediente el ejercicio tempestivo del derecho reconocido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y no concurriendo motivo alguno que permita tener por infundada o decaída la condición de socio del solicitante no procede sino desestimar el recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Pontevedra, don Vicente Artimé Cot de fecha 23 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Pontevedra.

Resolución de 14 de septiembre de 2018

En el expediente 114/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Fructuoso Pascual e Hijos, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentaron escrito de fecha 18 de enero de 2018, dirigido al registro mercantil de Cádiz, en el que tuvo su entrada el día 22 de enero del mismo año, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de la mercantil «Fructuoso Pascual e Hijos, S.L.» (titulares del 38 % y del 6% del mismo, respectivamente), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito que tuvo su entrada en el registro mercantil el 26 de abril del mismo año, suscrito por don …..., en su condición de administrador único de la mercantil. En dicho escrito de oposición alega que con fecha 20 de abril de 2017 (sic) ha contratado y se ha aceptado la realización de la auditoría del ejercicio por Fidelis Auditores, adjuntando copia de elevación a público del nombramiento de la misma otorgado ante notario don Francisco de Asís Gómez Montero con fecha 24 de abril de 2018 y que dicha escritura fue depositada para inscripción en el registro mercantil de Cádiz.

III

La registradora mercantil de Cádiz I, doña Ana María del Valle Hernández, dictó resolución de fecha 26 de marzo de 2018 por la que acordó suspender el procedimiento y conceder a la sociedad el plazo de quince días para acreditar ante el registro inscripción del nombramiento, la entrega al socio del informe de auditoría o bien su incorporación al expediente, procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado en caso contrario.

IV

Don ….. y don ….. interpusieron recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución de 26 de marzo de 2018, alegando, en esencia, que no se acredita el carácter fehaciente del nombramiento y que la sociedad no ha garantizado el derecho de los solicitantes al informe de auditoría por ninguno de los medios a que se refiere la propia resolución registral.

V

Don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, por medio de escrito de fecha 11 de junio de 2018, que tuvo su entrada en el registro mercantil de Cádiz el mismo día 11 de junio, formula alegaciones al recurso planteado por don ….. y don ….. referido en el antecedente anterior. Alega el interesado que la sociedad tiene ya suscrito un contrato de prestación de servicios para la auditoría de las cuentas de 2017 con la sociedad profesional «Fidelis Auditores, S.L.P.», cuya aceptación se produjo el día 24 de abril de 2018, motivo por el que no procede el nombramiento.

VI

A la vista del estado del expediente, el recurso y las alegaciones al mismo formuladas, este Centro Directivo mediante resolución de 3 de julio de 2018, y al amparo de lo previsto en el artículo 118 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, requiere a la mercantil para que justifique el hecho de haberse procedido a la inscripción en el registro mercantil o bien haberse entregado el informe de verificación contable a los socios solicitantes o bien para que se aporte el informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2017, sin que, transcurrido el plazo concedido al efecto, se haya dado cumplimiento al requerimiento practicado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107, 113 y 118 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. 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.

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 resulta por un lado que los socios presentan su solicitud en el registro mercantil con fecha 18 de enero de 2018 y, por otro, que la sociedad, según manifiesta, nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo a la solicitud en fecha 20 de abril de 2017. Por su parte, tras el requerimiento practicado desde este Centro Directivo a la mercantil a los efectos de justificar el hecho de haberse procedido a la inscripción en el registro mercantil o bien haberse entregado el informe de verificación contable a los socios solicitantes o bien para que se aporte el informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2017, transcurrido el plazo concedido al efecto, no se dio cumplimiento al requerimiento practicado.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho los socios a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

La resolución de la registradora mercantil de Cádiz I, doña Ana María del Valle Hernández, de fecha 26 de marzo de 2018, acordó suspender el procedimiento y conceder a la sociedad el plazo de quince días para acreditar ante el registro inscripción del nombramiento, la entrega al socio del informe de auditoría o bien su incorporación al expediente, procediendo a la designación del auditor de cuentas solicitado en caso contrario; sin que ninguno de estos extremos resulte acreditado, según resulta del expediente.

Ya en fase de recurso, nuevamente se da oportunidad a la sociedad de acreditar alguno de los anteriores extremos a través del requerimiento practicado desde este Centro Directivo a que se ha hecho referencia más arriba, sin que, transcurrido el plazo concedido al efecto, conste en el expediente que se haya dado cumplimiento al requerimiento practicado por parte de la sociedad.

En este sentido, resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger no 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 audi-

tada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, no ha sido debidamente cumplimentado (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas).

De conformidad con las consideraciones anteriores esta Dirección General resuelve estimar el recurso en el sentido de que el interés de los solicitantes no ha quedado debidamente cumplimentado en los términos legalmente exigibles, confirmando la actuación de la registradora de suspender el procedimiento en la forma expuesta.

En su virtud, esta Dirección General resuelve confirmar la resolución de la registradora mercantil de Cádiz I, doña Ana María del Valle Hernández, de fecha 26 de marzo de 2018, y proceder a la designación del auditor de cuentas solicitado para el ejercicio 2017 de la mercantil, al no haberse acreditado ninguno de los extremos exigidos, según resulta del expediente, todo ello en los términos que resultan de la presente.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 septiembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Cádiz.

Resolución de 17 de septiembre de 2018 (1.ª)

En el expediente 117/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Working Out Security, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 27 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, 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 «Working

Out Security, S.L.» (titular del 50 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resoluciones de 3 y 18 de abril de 2018, no habiéndose formulado oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, dictó resolución de fecha 24 de mayo de 2018 por la que resolvió la no procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio solicitante, don ….., dado que el mismo ha ostentado el cargo de administrador solidario por tiempo indefinido durante todo el ejercicio 2017, según resulta de la inscripción segunda de la hoja social, sin que conste inscrito nuevo nombramiento o cese de cargos en el momento de presentación de la solicitud de nombramiento de auditor.

IV

Don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 19 de abril de 2018, alegando, en esencia, que además de no haber intervenido en la gestión social, en fecha 7 de agosto de 2017 envió comunicación fehaciente de su decisión de dimitir como administrador solidario de la sociedad en cuestión, instando a la empresa a llevar a término las gestiones correspondientes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107, 113 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, artículos 7.º y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, artículo 20 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio y artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Como cuestión previa en este expediente hay que recordar lo dispuesto en el art. 20.1. del Código de Comercio, según el 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», por su parte, también en el ámbito mercantil, el artículo 7.º del Reglamento del Registro Mercantil dis-

pone que «1. El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad»; en el mismo sentido, el párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, dispone que «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley».

2. El recurso no puede prosperar porque el fundamento anteriormente expuesto y alegado por el recurrente 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 solicitante y recurrente de que, pese a ostentar el socio solicitante el cargo de administrador solidario según registro mercantil durante la totalidad del ejercicio social correspondiente al año 2017, no había intervenido en la gestión social de la empresa.

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).

3. Como resulta del escrito de recurso en el supuesto de hecho que da lugar a la presente, el socio solicitante ha sido efectivamente, y según resulta del registro mercantil inscripción segunda de la hoja social, 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. Así, el hecho de haber desarrollado o no las competencias propias del cargo que ostenta el solicitante en nada modifica el sentido de la presente resolución, 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 Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, de fecha 24 de mayo de 2018, por la que resuelve no proceder al nombramiento del auditor solicitado.

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

Madrid, 17 de septiembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 17 de septiembre de 2018 (2.ª)

En el expediente 118/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Juan Antonio Velasco, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 27 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 28 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 «Juan Antonio Velasco, S.L.» (titular del 29 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 3 de abril en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito que tuvo su entrada en el registro mercantil el 12 de abril del mismo año, suscrito por don ….., en su condición de administrador solidario de la mercantil. En dicho escrito de oposición alega que «recientemente» se ha encargado el informe de auditoría en relación con las cuentas del ejercicio 2017 al auditor de cuentas «Goldwater & Partners, S.L.», adjuntando presupuesto y carta de aceptación del encargo de auditoría.

III

El registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, dictó resolución de fecha 19 de abril de 2018 por la que resolvió la no procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio solicitante, don ….., dado que el mismo ha ostentado el cargo de administrador solidario por tiempo indefinido durante todo el ejercicio 2017, según resulta de la inscripción octava de la hoja social, sin que conste inscrito nuevo nombramiento o cese de cargos en el momento de presentación de la solicitud de nombramiento de auditor.

IV

Don ….., en nombre y representación de don ….., interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 19 de abril de 2018, alegando, en esencia, que de facto, sólo ha existido un administrador que ha sido el sr. D. ….. que es el único que ha estado ejerciendo como tal administrador, y su mandante tan sólo ha ejercido como trabajador de la empresa, puesto que el sr. ….. se ha apoderado de la misma fácticamente, y no ha dejado que nadie supiera los verdaderos números de la empresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. 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 recurrente de que, pese a ostentar el socio solicitante el cargo de administrador solidario durante la totalidad del ejercicio social correspondiente al año 2017,

el ejercicio de tales competencias en realidad eran ejercitadas exclusivamente por el otro administrador solidario, de modo que de facto, sólo ha existido un administrador que ha sido el Sr. D. Juan Antonio Velasco que es el único que ha estado ejerciendo como tal 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, 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. Así, el hecho de haber desarrollado o no las competencias propias del cargo que ostenta el solicitante en nada modifica el sentido de la presente resolución, 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 Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, de fecha 19 de abril de 2018, por la que resuelve no proceder al nombramiento del auditor solicitado.

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

Madrid, 17 de septiembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 17 de septiembre de 2018 (3.ª)

En el expediente 124/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Crisbachs Coloma, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 16 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 21 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 «Crisbachs Coloma, S.L.» (titular del 29,93 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 26 de marzo en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, siendo recibida tal notificación el día 29 del mismo mes por doña ….. No teniendo constancia indubitada de la recepción por la sociedad, el registrador mercantil de Barcelona, don Nicolás Nogales Colmenarejo, reitera la notificación mediante resoluciones de 9 de abril de 2018, que son recibidas por doña ….. y por don ….. los días 17 y 24 del mismo mes, respectivamente.

La sociedad «Crisbachs Coloma, S.L.» no formula oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El registrador mercantil de Barcelona VII, don Nicolás Nogales Colmenarejo, dictó resolución de fecha 24 de mayo de 2018 por la que resolvió la no procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minorista ya que la solicitante, doña ….., ostenta el cargo de administradora solidaria por tiempo indefinido según resulta de la inscripción tercera de la hoja social B-123.258, sin que conste nuevo nombramiento o cese de cargos, 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 25 de junio se presenta escrito de recurso de la misma fecha suscrito por la solicitante doña …..

IV

En dicho escrito, doña ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 24 de mayo, en base al siguiente argumento: «es una sociedad patrimonial cuyos ingresos proceden de alquileres, en la que los socios y administradores solidarios somos dos personas: don ….. y la que suscribe, unidos por una larga relación matrimonial (desde el año 1979), según se acredita mediante copia del certificado de matrimonio que se acompaña como documento n.º 2 y cuya crisis se está debatiendo en un proceso de divorcio», añadiendo su «condición de administradora nominal y socia minoritaria frente al administrador solidario ejecutivo y socio mayoritario».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. 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 la socia solicitante de que, pese a ostentar el cargo de administradora solidaria durante la totalidad del ejercicio social correspondiente al año 2017, el ejercicio de tales competencias en realidad eran ejercitadas exclusivamente por el otro administrador solidario, siendo el solicitante tan sólo un administrador solidario «nominal» (apartado primero 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, la socia solicitante ha sido efectivamente administradora solidaria 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. Así, el hecho de haber desarrollado o no las competencias propias del cargo que ostenta la 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 Nicolás Nogales Colmenarejo, de fecha 24 de mayo de 2018, por la que resuelve no proceder al nombramiento del auditor solicitado.

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

nada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 17 de septiembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 17 de septiembre de 2018 (4.ª)

En el expediente 125/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Maran Inversiones 2002, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., don ….. y doña ….. presentan escrito de fecha 28 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Salamanca, en el que tuvo su entrada el mismo día 28, 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 del 5% del capital social de la mercantil «Maran Inversiones 2002, S.L., el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 2 de abril de 2018 en el domicilio de la administradora de la misma al carecer la mercantil de sede física en el domicilio social que consta en el Registro Mercantil según indican los solicitantes en documento anexo a la solicitud formulada, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 8 de mayo presentado el mismo día alegando que «la entidad Maran Inversiones 2002, S.L. procedió al nombramiento de un auditor de cuentas por medio de su administrador único, doña ….., quien suscribió con fecha 20 de marzo de 2018, contrato para la realización de la auditoría voluntaria de cuentas anuales del ejercicio 2017 con el auditor de cuentas don …..» Solicita en el mismo escrito que «proceda a anotar en la Hoja de la Sociedad el encargo de la auditoría que se acompaña al presente escrito». Dicha solicitud fue atendida dando lugar a la inscripción 5.ª de la hoja social SA-8618.

III

El registrador mercantil de Salamanca, don José María Gómez Valledor dictó resolución de fecha 4 de junio de 2018 por la que acordó «no se accede a realizar dicho nombramiento ya que la Sociedad tiene designado como auditor de cuentas a Don Fco. Javier López Sánchez, al haber sido contratado la auditoría de cuentas voluntaria para el ejercicio 2017 por la administradora Doña ….. que originó la inscripción 5.ª de la Hoja».

IV

Doña ….., don ….. y doña ….. interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 4 de junio alegando, tras reconocer el relato fáctico anteriormente expuesto, que «el Sr. Registrador no ha entrado a valorar si el nombramiento era anterior, limitándose a señalar que se ha contratado una auditoría de cuentas voluntaria por la administradora de la sociedad».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. 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 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.

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 resulta por un lado que los socios presentan su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 28 de marzo de 2018 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo suscribiendo contrato en fecha de 20 de marzo, aceptado por la sociedad auditora según resulta de certificado de fecha 12 de abril de 2018 e inscrito en el Registro Mercantil de Salamanca en la inscripción 5.ª de la hoja social SA-8618.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

3. El recurso no puede prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación del acuerdo y aceptación del auditor designado, así como su inscripción registral. En este sentido conviene recordar el estrecho contenido del presente expediente que se limita a examinar la concurrencia o no de los requisitos objetivos que determinen la procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario, sin que puedan dirimirse en el seno del mismo cualquier otra cuestión, como es «valorar si el nombramiento era anterior» a la solicitud presentada por el recurrente cuestionando fechas de la documentación aportada al presente expediente, cuestión reservada al correspondiente procedimiento judicial.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Salamanca, don José María Gómez Valledor, de fecha 4 de junio de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 septiembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Salamanca.

Resolución de 17 de septiembre de 2018 (5.ª)

En el expediente 129/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Industrial Entenza, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. y doña ….. presentan escrito de fecha 8 de enero de 2018 dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 15 de enero, 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 la mercantil «Industrial Entenza, S.A.» (titulares del 32 % y del 11,50%, respectivamente del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 18 de enero de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 23 del mismo mes, formulando oposición fuera del plazo legalmente previsto por escrito de fecha 30 de enero que es presentado el día 31 en el mencionado Registro Mercantil. En dicho escrito de oposición sostiene la sociedad que «la sociedad Entenza, S.A. tiene designado auditor de cuentas desde el día 19 de abril de 2017, para la confección de la auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2016, y sucesivos cuya copia se adjunta.» Se acompaña contrato suscrito por ambas partes fechado el 18 de abril de 2017.

III

El registrador mercantil de Barcelona, don Francisco Javier González del Valle García, requiere a la sociedad por escrito de fecha 6 de febrero de 2018 para que en el plazo de 10 días hábiles presente la documentación oportuna para que se proceda a la inscripción del mencionado nombramiento o el correspondiente informe de auditoría relativo al ejercicio 2017 para su unión al expediente.

Don ….., administrador único de la mercantil, atiende al mencionado requerimiento mediante escrito de fecha 20 de febrero en el que solicita «se conceda un aplazamiento por un plazo máximo de un mes para que se pueda aportar a los efectos oportunos».

El registrador mercantil de Barcelona, don Francisco Javier González del Valle García, requiere a la sociedad por escrito de fecha 2 de marzo para que en el plazo de 15 días hábiles presente la documentación oportuna para que se proceda a la inscripción del mencionado nombramiento o el correspondiente informe de auditoría relativo al ejercicio 2017 para su unión al expediente. Dicho requerimiento no es atendido por la mercantil, siendo reiterado mediante resolución del registrador mercantil de Barcelona de fecha 18 de abril de 2018.

El registrador mercantil de Barcelona, don Francisco Javier González del Valle García, dictó resolución de fecha 16 de mayo de 2018 por la que acordó «no admitir la oposición interpuesta y que procede el nombramiento de auditor solicitado».

IV

Don ….., administrador único de la mercantil «Industrial Entenza, S.A.» interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 16 de mayo, alegando que «se aporta en este acto el informe de auditoría emitido por don ….. relativo a las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 2017 de la sociedad Industrial Entenza, S.A. para su unión al expediente, lo que a su vez implica la posibilidad de acceso inmediato a la auditoría solicitada por parte de los socios solicitantes.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107, 113 y 118 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. 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 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.

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 resulta por un lado que los socios presentan su solicitud en el Registro Mercantil con fecha 15 de enero de 2018 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar escrito firmado el día 18 de abril de 2018 por don …..., en el que certifica la aceptación del encargo de auditoría para los ejercicios 2016, 2017 y 2018.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

3. El recurso debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la aceptación del encargo, así como la puesta a disposición de los socios solicitantes del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2017 en sede de recurso. En este sentido conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario que, de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, en sede de recurso, ha sido debidamente acreditada la puesta a disposición de los socios solicitantes del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2017. Por tanto, 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la estimación del recurso.

Por tanto debe concluirse que: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la puesta a disposición del informe realizado por el auditor nombrado por la sociedad que, por otra parte, había sido designado con anterioridad a la petición del socio minoritario; 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 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. No obstante, 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 Barcelona, don Francisco Javier González del Valle García, de fecha 16 de mayo de 2018, por la que resuelve proceder al nombramiento solicitado, al resultar acreditado la puesta a disposición de los solicitantes del referido informe.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 septiembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 17 de septiembre de 2018 (6.ª)

En el expediente En el expediente 131/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «All 4 Business, S.L.»

HECHOS

I

Don R.E.C. presentó un escrito de fecha 11 de septiembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «All 4 Business, 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.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito de fecha 28 de septiembre de 2017.

El registrador mercantil de Valencia n.º 1, don Rodolfo Bada Maño dictó resolución en fecha 5 de octubre de 2017 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver 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.

Mediante escrito de fecha 17 de noviembre de 2017, el representante de la sociedad All4 Business S.L. notificó al Registro Mercantil que no se había interpuesto recurso a la resolución del registrador y notificaba los datos de determinada asesoría con la cual, manifestaba, se podía contactar a los efectos de solicitar la información precisa.

El registrador mercantil procedió a un primer nombramiento sin que el experto designado aceptase el encargo. Posteriormente procedió a una segunda designación sin que, nuevamente, el experto designado aceptase el encargo. Finalmente lleva a cabo una tercera designación en la persona de don F.C.B., quien, tras aceptar y solicitar prórroga para la realización del informe, emite informe con fecha 28 de marzo de 2018 que protocoliza en acta autorizada por el notario de Valencia don José Alicarte Domingo de fecha 29 de marzo de 2018.

III

Mediante escrito de fecha 17 de mayo de 2018, el solicitante don R.E.C., tras manifestar haber recibido el día 10 de mayo de 2018 la notificación del Registro Mercantil por la que se le notifica el cierre del expediente, lleva a cabo las siguientes peticiones: 1.º Solicitud de información sobre los expertos designados y que no aceptaron el encargo, motivación de la prórroga concedida al experto designado. 2.º Recusación del experto designado. 3.º Que se considere deficiente el informe presentado.

El registrador mercantil de Valencia n.º 1, mediante resolución de fecha 28 de mayo de 2018, emite la información solicitada y pone de manifiesto: que cerrado el expediente como consecuencia de la expedición del informe solicitado no es posible llevar a cabo ninguna actuación adicional sin que sea posible plantear la recusación por extemporánea, conforme al artículo 342 del Reglamento del Registro Mercantil. Que no es función del registrador mercantil valorar el informe emitido por el experto designado en su día.

El solicitante don R.E.C., remite escrito de fecha 11 de junio de 2018 que tiene entrada en el Registro Mercantil de Valencia el mismo día, en el que hace una serie de consideraciones sobre la ausencia de amistad del abogado que le representa con ninguno de los tres expertos designados y con su posición en los distintos procedimientos registrales que ha mantenido con la sociedad, terminando por solicitar un esfuerzo para exigir a las distintas personas que han intervenido el mismo rigor que a él por considerar que no han tenido el comportamiento adecuado.

IV

A continuación, el mismo don R.E.C., por escrito de fecha 4 de julio de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra la resolución de cierre del expediente, de la que afirma, fue notificado el día 6 de junio de 2018. Fundamenta su escrito en los, resumidamente, siguientes argumentos: 1.º Que a pesar de los términos tremendos (sic) en que la sociedad se le ha dirigido en los procedimientos registrales tramitados incurriendo en infamia y, posiblemente, calumnia, ha tratado de ser prudente a pesar de su precaria situación económica y profesional. Que lo anterior es trascendente porque no se le ha ofrecido la oportunidad de recurso como en ocasiones anteriores. 2.º Que el escrito de recusación mereció la calificación de extemporáneo a pesar de que el trato ofrecido a los expertos independientes ha sido mucho más favorable, considerando que debe ofrecerse la oportunidad de recurrir la resolución. 3.º Que dispone de prueba de que el señor experto emisor del informe debió inhibirse o advertir que carecía de independencia. 4.º Que debió advertírsele de su derecho a recurrir si consideraba que la resolución del Registro Mercantil no era ajustada a Derecho, que la tramitación del expediente se encuentra viciada por laxitud en la aceptación de las excusas de los dos primeros expertos designados y por la innecesaria concesión de prórroga al tercero. Que tiene claro que el tiempo ganado a consecuencia de lo anterior permitió a la sociedad conocer cómo iba el turno y tantear a los expertos de la lista a fin de que llegara al último designado. Que la tramitación del expediente le ha mantenido al margen de la evolución de hechos anterior lo que le ha impedido la reacción recusatoria a partir de las sospechas que las excusas le hubieran provocado. 5.º Que solicita la nulidad de lo actuado, que se acepte la recusación y que se designe nuevo experto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 por un socio el derecho de separación e instada por el mismo la designación de experto independiente al amparo de la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador mercantil designa experto aceptando este la realización del trabajo. Una vez emitido el informe, el socio que en su día ejercitó el derecho de separación y el expediente de designación impugna la diligencia de cierre del expediente, solicita la nulidad de actuaciones y la designación de un nuevo experto.

2. Sobre la admisión del recurso de Alzada. Dispone el artículo 346 del Reglamento del Registro Mercantil: «Emitido el informe, el experto entregará el original a la persona que hubiera solicitado su nombramiento y comunicará tal entrega al Registrador Mercantil que lo hubiera nombrado, quien lo hará constar en el expediente, que cerrará en ese momento mediante la correspondiente diligencia. Esta circunstancia se consignará asimismo al margen del asiento de nombramiento.»

El recurrente plantea la propia viabilidad del recurso puesto que en la notificación que del cierre se lleva a cabo no resulta ni la posibilidad de recurso ni los medios y plazos para llevarlo a cabo.

Como ha recordado la reciente resolución de 4 de julio de 2017, esta Dirección ha afirmado 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), que el expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud de designación de experto independiente 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 designación de experto a instancia de socio 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 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 experto a instancia de la minoría el procedimiento a seguir es el contemplado en los artículos 338 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 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).

Establecido lo anterior, dispone el artículo 112 de la citada Ley lo siguiente: «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.»

La diligencia por la que el registrador mercantil, una vez realizados los trabajos encomendados al experto y acreditada su entrega a las partes, es un acto de trámite por el que se pone de manifiesto lo anterior. Como acto de trámite es, empero, susceptible de recurso por cuanto determina la imposibilidad de continuar el procedimiento lo cual determina, de conformidad con la previsión del artículo 88.3 de la propia Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la necesidad de que contenga la relación de «... los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos,...»

3. Sobre la solicitud de declaración de nulidad. Establecida la recurribilidad de la diligencia de cierre del expediente, es preciso determinar su relevancia que en el ámbito concepto del supuesto de hecho tiene tal circunstancia, así como del resto de circunstancias señaladas en el escrito de recurso.

Alega el recurrente que la tramitación del procedimiento se encuentra viciada por laxitud en la aceptación de las excusas de los dos primeros expertos designados y por la innecesaria concesión de prórroga al tercero todo lo cual ha propiciado un posible control sobre el turno y sobre la persona que finalmente ha sido designada como experto.

La petición del recurrente no puede ser atendida habida cuenta que ni la resolución impugnada adolece de ninguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 62 de la Ley 30/1992, ni puede ser apreciado un defecto de forma que produzca indefensión al recurrente en los términos previstos en el artículo 63 del mismo cuerpo legal. El recurrente afirma que la aceptación de excusa de los dos primeros expertos designados ha sido laxa como laxa ha sido la concesión de prórroga al experto designado para la realización de sus trabajos. Esta Dirección no puede compartir semejantes afirmaciones de las que el recurrente deduce unas consecuencias, que se ha manipulado el procedimiento, de las que no aporta prueba alguna sino una serie de afirmaciones conjeturales de las que deduce que todo el procedimiento se ha llevado a cabo en su perjuicio.

La designación de experto no produce su vinculación a la realización del trabajo; esto sólo ocurre una vez que haya aceptado llevarlo a cabo, aceptación a la que no está obligado por lo que puede rechazarla sin necesidad de una especial justificación. El rechazo se resuelve en la designación de un nuevo experto (artículo 344.3 del Reglamento del Registro Mercantil). El trámite de designación y de, en su caso, aceptación no se notifica a la parte solicitante por afectar exclusivamente al designado; sólo procede la notificación al solicitante de la resolución por la que se determina la procedencia de la designación de experto y de su persona, una vez verificada la aceptación. Consecuentemente del hecho de que no se le haya traslado al solicitante de los trámites relativos a la designación y no aceptación, no cabe inferir tacha alguna del procedimiento.

Tampoco la concesión de la prórroga solicitada por el experto designado presenta causa alguna de tacha de nulidad ya que, por un lado, resulta del expediente la solicitud llevada a cabo por el experto designado y su motivación y, por otro, la concesión por parte del registrador en ejercicio de su competencia de ordenación e impulso del procedimiento (artículo 345 del Reglamento del Registro Mercantil).

De las circunstancias expuestas no resulta que concurra causa alguna por la que proceda la declaración de nulidad total o parcial del procedimiento de designación de experto independiente. El recurrente ha ejercido los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, así como ha podido alegar en fase de tramitación y en fase de recurso los motivos que ha tenido por conveniente sin que resulte del contenido del expediente hecho o causa alguna que justifique, en los términos de los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la declaración de nulidad solicitada.

4. Sobre la solicitud de aceptación de la recusación. El recurrente solicita que se revoque la resolución del registrador mercantil que acuerda inadmitir su solicitud de recusación del experto designado por haber sido realizada con posterioridad a la emisión del informe.

Dispone el artículo 341.1 del Reglamento del Registro Mercantil lo siguiente: «En cualquier momento, antes de la elaboración del informe, los interesados podrán recusar al experto por concurrir causa legítima, comunicándolo al Registrador, quien a su vez lo notificará al experto, por cualquier medio que permita dejar constancia de la fecha en que se recibe la notificación.»

El interesado no niega que su recusación es posterior a la emisión del informe pese a lo que, afirma, debe procederse a la aceptación de su solicitud.

La absoluta claridad con que se pronuncia el precepto citado, que obedece a una lógica evidente, hace inviable la pretensión del recurrente. De aceptarse, bastaría la recusación posterior a la emisión del informe para que la previsión legal sobre determinación del valor razonable y los efectos jurídicos que de ello se derivan, quedase sin efecto. Como afirma la resolución de esta Dirección de 25 de octubre de 2005 (en materia de recusación de expertos): «Siendo así que el artículo 342 del Reglamento del Registro Mercantil, por remisión del artículo 364 del mismo texto reglamentario, establece que los interesados podrán recusar al experto (auditor) en cualquier momento, antes de la elaboración del informe, y constando en el expediente que dicho informe, con opinión denegada por limitación absoluta en el alcance de los trabajos, emitido por el auditor nombrado por el Registrador Mercantil, don Jorge Zambrana Ledesma, lo fue el 22 de junio de 2006 y que la sociedad no procedió a su recusación sino hasta el 27 de junio del mismo año, es decir, después de la elaboración del informe, tiene necesariamente que inadmitirse por extemporánea la recusación presentada en su día por la sociedad.»

Sin perjuicio de lo anterior y con la finalidad de dar la más completa respuesta al recurrente es preciso poner de manifiesto que no cabe recusación sin la existencia de una causa legítima, como exige el artículo 342 del Reglamento del Registro Mercantil.

Por su parte el artículo 341 del propio reglamento se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil para la determinación de las causas de incompatibilidad y de abstención del designado y por inferencia lógica inmediata, de recusación *(vide* artículos 217 y 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio del Poder Judicial).

El artículo 124.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone lo siguiente: «Además de las causas de recusación previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, son causas de recusación de los peritos: 1.ª Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso. 2.ª Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo. 3.ª Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso.»

Por su parte el artículo 125 de la propia Ley exige que la causa de recusación sea objeto de la pertinente prueba mediante la aportación de los medios que la acrediten.

En definitiva, la apreciación de causa de recusación por parte del registrador mercantil en el ámbito del procedimiento de designación previsto en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil exige no sólo que la causa de recusación sea una de las contempladas en las normas a que se remite (Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley Orgánica del Poder Judicial por remisión de la anterior), sino que la misma sea acreditada a satisfacción del registrador y, en alzada, de esta Dirección General. De otro modo quedaría al arbitrio de parte no sólo la determinación de la causa de recusación sino también su concurrencia. Y todo ello sin perjuicio del sistema de recursos previsto en el ordenamiento contra las resoluciones de esta Dirección General.

5. Sobre la solicitud de designación de nuevo experto independiente. A la luz de las consideraciones anteriores resulta con claridad que debe rechazarse igualmente la pretensión de que se retrotraiga el expediente y se lleve a cabo la designación de un nuevo experto independiente.

Todo ello sin perjuicio de que 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 Valencia n.º 1, de fecha 28 de mayo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 septiembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 17 de septiembre de 2018 (7.ª)

En el expediente 132/2018 sobre solicitud de recusación de experto a instancia de la sociedad «Asiru Inversiones, S.A.»

HECHOS

I

Don J.V.L., en representación de la sociedad Asiru Inversiones, S.A., presentó un escrito de fecha 5 de junio de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 7 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 342 del Reglamento del Registro mercantil, la recusación del experto nombrado por el citado Registro en su resolución de 4 de mayo de 2018. La designación traía causa de la previa solicitud realizada por la sociedad de designación de experto para la valoración de aportación no dineraria al amparo de la previsión del artículo 67 de la Ley de Sociedades de Capital.

La sociedad instante fundamenta su solicitud exclusivamente en el desacuerdo entre la sociedad y el designado sobre los honorarios a percibir existiendo diferencias irreconciliables para su cálculo.

II

Trasladada la solicitud al auditor en su día designado (ETL Heniaudit S.L.), el mismo se opuso en base a los siguientes argumentos: 1.º Que el criterio de retribución se fija en atención a lo que resulte del último Boletín de Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas previo presupuesto aceptado por las partes debiéndose llevar a cabo el examen de acuerdo a las Normas Técnicas de Auditoría del propio Instituto. 2.º El objeto de los trabajos consiste en la valoración de una aportación no dineraria a aportar a una ampliación de capital consistente en un crédito, lo que implica llevar a cabo una valoración de la sociedad deudora en relación a sus proyecciones financieras a fin de evaluar la recuperabilidad del crédito. 3.º Que la realización de dichos trabajos excede con mucho de la apreciación que hace la contraparte.

III

El registrador mercantil de Madrid n.º 18, don Antonio García Conesa dictó resolución en fecha 15 de junio de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición aceptando la solicitud de recusación de la sociedad al concurrir causa legítima consistente en la falta de acuerdo sobre el presupuesto para la realización de los trabajos.

IV

Don I.H.M., como representante de la sociedad de auditoría, por escrito de fecha 11 de julio de 2018, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los,

resumidamente, siguientes argumentos: 1.º Que el artículo 342 del Reglamento del Registro Mercantil exige la concurrencia de causa legítima para que prospere la recusación resultando claramente que el desacuerdo en cuanto a los honorarios no la constituye. 2.º Que admitir lo contrario implica aceptar que toda recusación es admisible pues todas devengan honorarios facilitando la recusación del experto y desvirtuando la previsión de la Ley sobre intervención de un experto independiente pues bastaría recusar hasta encontrar un experto a conveniencia de la sociedad. 3.º Que no se ha encontrado la resolución de 4 de febrero de 1998 citada por el registrador mercantil por lo que se solicita se acompañe a la resolución que se dicte. 4.º Que los honorarios del experto deberían ser fijados por el registrador conforme al artículo 267.3 de la Ley de Sociedades de Capital, 40 del Código de Comercio y 362 del Reglamento del Registro Mercantil. Que la Instrucción de 9 de febrero de 2016, consciente de la imposibilidad de así hacerlo se remitió al Boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y a los ajustes derivados de la complejidad de los trabajos a realizar. 5.º Que el registrador no puede aceptar una recusación por causa de honorarios sin haber analizado las normas del Instituto y si el presupuesto presentado cumple con las mismas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 67 y ss., y 301 de la Ley de Sociedades Capital; 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio del Poder Judicial; 124 a 127 de la Ley 1/2000, de 7 enero de Enjuiciamiento Civil; y 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La única cuestión que plantea este expediente es si procede o no confirmar la resolución del registrador mercantil por la que acepta la recusación del auditor designado en un expediente de nombramiento realizado al amparo de la previsión del artículo 67 de la Ley de Sociedades de Capital aceptando la alegación de la sociedad de existencia de desacuerdo en la propuesta de honorarios.

2. Establece el artículo 342.1 del Reglamento del Registro Mercantil lo siguiente: «En cualquier momento, antes de la elaboración del informe, los interesados podrán recusar al experto por concurrir causa legítima, comunicándolo al Registrador, quien a su vez lo notificará al experto, por cualquier medio que permita dejar constancia de la fecha en que se recibe la notificación.»

De la simple lectura del precepto resulta con meridiana claridad que no cabe recusación del experto designado (o del auditor por remisión del artículo 364 del propio reglamento), sin que se aprecie la concurrencia de justa causa.

Por su parte el artículo 341 del propio reglamento se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil para la determinación de las causas de incompatibilidad y de abstención del designado y por inferencia lógica inmediata, de recusa-

ción *(vide* artículos 217 y 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio del Poder Judicial).

El artículo 124.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone lo siguiente: «Además de las causas de recusación previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, son causas de recusación de los peritos: 1.ª Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso. 2.ª Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo. 3.ª Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso.»

Por su parte el artículo 125 de la propia Ley exige que la causa de recusación sea objeto de la pertinente prueba mediante la aportación de los medios que la acrediten.

En definitiva, la apreciación de causa de recusación por parte del registrador mercantil en el ámbito del procedimiento de designación previsto en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil exige no sólo que la causa de recusación sea una de las contempladas en las normas a que se remite (Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley Orgánica del Poder Judicial por remisión de la anterior), sino que la misma sea acreditada a satisfacción del registrador y, en alzada, de esta Dirección General. De otro modo quedaría al arbitrio de parte no sólo la determinación de la causa de recusación sino también su concurrencia. Y todo ello sin perjuicio del sistema de recursos previsto en el ordenamiento contra las resoluciones de esta Dirección General.

3. Queda así superada la doctrina de antiguas decisiones, como la citada por el registrador en su resolución, que han quedado completamente desbordadas por la vigente regulación.

En realidad, esta misma Dirección ya había emprendido con anterioridad dicho camino al exigir en cualquier caso que la sociedad que ejerce el derecho de recusación acreditase debidamente la concurrencia de la causa alegada.

Así, la resolución en materia de designación de expertos de 25 de enero de 2005 ya afirmaba que la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil implicaba la existencia de causas tasadas de recusación, así como la necesidad de acreditar la concurrencia en el caso concreto. En el mismo sentido la resolución de 3 de febrero de 2005 (con fundamento está en la Ley de Auditoría entonces vigente), las resoluciones de 10 y 11 de febrero de 2005 (en materia de honorarios), la resolución de 25 de octubre de 2007 y la resolución de 12 de septiembre de 2010 (todas en materia de designación de expertos), que, enfáticamente afirma: «... la mera apreciación por parte de la sociedad de que los horarios solicitados por el auditor son excesivos, sin hacer referencia a parámetro alguno para su cálculo, no puede considerarse causa legítima de recusación.»

4. En materia de remuneración de los auditores es preciso traer a colación la Instrucción de esta Dirección de 9 de febrero de 2016, sobre cuestiones vinculadas con el nombramiento de auditores, su inscripción en el Registro Mercantil y otras materias relacionadas, cuyo apartado segundo, en su párrafo

décimo dice así: «Ante la ausencia de una normativa de la que pueda deducirse un criterio de actuación por parte del registrador mercantil que permita el cumplimiento de su obligación legal, siempre que por parte de un registrador mercantil deba procederse al nombramiento de un auditor de cuentas, deberá remitirse, con carácter puramente informativo, a efectos de los criterios para el cálculo de los honorarios del auditor designado, al Boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en el que se haya insertado el último informe sobre la facturación media por hora de los auditores, tanto a nivel general, como por sociedades de auditoría y auditores individuales, advirtiendo que el importe concreto de los honorarios a devengar dependerá de la complejidad de las labores a realizar y del número de horas que se prevea para la realización de los trabajos. En todo caso, se ha de cumplir estrictamente lo dispuesto en el artículo 362 del Reglamento del Registro Mercantil, de modo que el registrador deberá atender a las reglas y principios que se establezcan en las Normas Técnicas de Auditoría, y, en su caso, a las normas que a tal efecto se dicten por parte del Ministerio de Justicia.»

La Instrucción, aunque reconocía la imposibilidad, por ausencia de desarrollo normativo de la previsión del artículo 362 del Reglamento del Registro Mercantil primero y del actual artículo 267 de la Ley de Sociedades de Capital, después, de que el registrador fije la retribución del auditor designado, no dejaba de poner de manifiesto que el auditor no puede fijar de forma totalmente libre su propuesta de retribución.

Como profesión altamente regulada, la de auditor viene sujeta tanto al cumplimiento de las Normas Técnicas de Auditoría emanadas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas como a las normas generales sobre actuación profesional. De este modo la sociedad a quien se hace una propuesta de honorarios tiene perfecto derecho a discutir la aplicación de aquellas y el cumplimiento de estas y a acudir al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas para que, en cumplimiento de sus facultades de supervisión (artículo 46.2.b en relación a los artículos 48 y 49 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de cuentas), adopte las medidas que estime oportunas sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles contempladas en el artículo 26 de la propia Ley; en ambos casos mediante la aportación del conjunto de pruebas en que base su solicitud o acción.

5. A la luz de las consideraciones anteriores resulta con claridad que procede la estimación del recurso pues la sociedad que ejerce la recusación se limita a afirmar la existencia de diferencias irreconciliables para la determinación de los honorarios del auditor designado sin aportar dato alguno que fundamente su solicitud.

Como se ha justificado por extenso, la mera afirmación de parte no supone acreditación alguna de concurrencia de causa de recusación por lo que procede la estimación del recurso y la revocación de la resolución del registrador sin perjuicio de que, como queda dicho, la sociedad pueda acudir si lo estima oportuno al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas si considera que

la actuación del auditor designado no se ajusta a sus Normas Técnicas de Auditoría para que aquél ejercite sus competencias en la materia.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 18, don Antonio García Conesa de fecha 15 de junio de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 septiembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 18 de septiembre de 2018

En el expediente 123/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Prevenpyme, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presenta escrito de fecha 28 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 29, 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 la mercantil «Prevenpyme, S.L.» (titular del 50% del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 4 de abril de 2018 en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 17 de abril alegando que «la mercantil procedió a la designación voluntaria de auditor de cuentas en fecha anterior a la solicitud presentada por el socio al 50% don Salvador Blasco, que conforme a la misma es de fecha 29 de marzo de 2018 siendo esta designación acep-

tada el 18 de febrero de 2018, lo que se acredita mediante el documento 2 y 3, consistentes, respectivamente, en el nombramiento y aceptación del cargo de auditor de cuentas de la mercantil Prevenpyme S.L. en la persona de la mercantil «Mercoaudit, S.L.P.». (documentos fechados respectivamente el 2 y el 18 de febrero de 2018). Dicho nombramiento fue inscrito dando lugar a la inscripción 7.ª de la hoja social VA-63425 en fecha 24 de mayo de 2018.

III

El registrador mercantil de Valencia, don Miguel María Molina Castiella, dicta resoluciones de fecha 24 de abril y 15 de mayo requiriendo a la sociedad para que subsane la falta de firma autógrafa original en el escrito de alegaciones; y para que garantice el derecho del socio minoritario mediante la inscripción del nombramiento en el Registro, entrega del informe al socio solicitante o su incorporación al expediente. Ambos requerimientos son atendidos mediante escritos de fecha 9 de mayo de 2018, así como solicitud de inscripción del auditor nombrado en fecha 17 de mayo.

El registrador mercantil de Valencia, don Miguel María Molina Castiella, dictó resolución en fecha 30 de mayo de 2018 por la que acordó denegar el nombramiento de auditor solicitado por D. ….., al resultar el nombramiento anterior de auditor por parte de la sociedad que ha quedado debidamente inscrito en la hoja social garantizando el derecho del socio minoritario.

IV

Don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 30 de mayo, alegando que, «en el caso que nos ocupa, consta que la inscripción es posterior a la fecha de la solicitud, por lo que no solo se estaría conculcando la doctrina expuesta, sino que, además, se acrecentarían las sospechas de que se ha diseñado a toda prisa el aparente nombramiento voluntario de auditor para evitar el forzoso proveniente del Registro Mercantil».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. 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.

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 resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil con fecha 29 de marzo de 2018 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo según resulta de certificación del administrador único de fecha 2 de febrero de 2018, escrito de aceptación del auditor de fecha 18 de febrero de 2018, resultando inscrita tal designación en el Registro Mercantil de Valencia en la inscripción 7.ª de la hoja social VA-63425 con fecha 24 de mayo de 2018.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

3. El recurso no puede prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación del acuerdo y aceptación del auditor designado, así como su inscripción registral. En este sentido conviene recordar el estrecho contenido del presente expediente que se limita a examinar la concurrencia o no de los requisitos objetivos que determinen la procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario, sin que puedan dirimirse en el seno del mismo cualquier otra cuestión, como son «las sospechas de que la documentación se ha diseñado a toda prisa el aparente nombramiento» a la solicitud presentada por el recurrente cuestionando fechas de la documentación aportada al presente expediente, cuestión reservada al correspondiente procedimiento judicial.

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

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia de la presentación de la documentación en cuestión, y como resulta de los antecedentes de hecho, dicha presentación concluyó con la inscripción 7.ª de la hoja social con fecha 24 de mayo de 2018, por la que se procede a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2017. Por tanto, 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también 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 expediente, pero si tenemos en cuenta: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento del auditor nombrado por la sociedad que, por otra parte, había sido designado con anterioridad a la petición del socio minoritario; 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 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. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la del registrador mercantil de Valencia, don Miguel María Molina Castiella, de fecha 30 de mayo de 2018, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 28 de septiembre de 2018

En el expediente 137/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inversiones Tecniban, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., en representación de don ….., presentó escrito dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 26 de febrero de 2018, 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 representado de más del 5% del capital social de la mercantil «Inversiones Tecniban, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 30 de noviembre de 2017.

II

Dicha solicitud es notificada a la mercantil, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de don ….., en su condición de administrador único de la sociedad, que tuvo su entrada en el registro mercantil el 9 de mayo de 2018, alegando, en esencia que, con fecha 13 de noviembre de 2017, el administrador único de la sociedad adoptó el acuerdo de nombrar a don ….. como auditor de cuentas para realizar la auditoría del ejercicio finalizado a 30 de noviembre de 2017.

III

La registradora mercantil de Madrid I, doña Isabel Adoración Antoniano González, dictó resolución en fecha 10 de mayo de 2018 por la que acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor para la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 30 de noviembre de 2017 de la sociedad «Inversiones Tecniban, S.L.», al resultar el nombramiento anterior de auditor por parte de la sociedad y constar debidamente inscrito dicho nombramiento en la hoja social, garantizando así el derecho del socio minoritario.

IV

Don ….., en su condición de socio, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 10 de mayo de 2018, por medio de escrito de fecha 15 de junio de 2018, que tuvo su entrada en el registro mercantil el 19 del mismo mes, alegando, en esencia que, con la decisión que impugna no se ha garantizado su derecho de acceso al informe de auditoría, y ello por no constar inscrito en el registro mercantil dicho nombramiento en fecha de la solicitud que presentó el 26 de febrero de 2018, incurriendo en infracción de los preceptos que estima pertinentes. Solicitando, finalmente, de esta Dirección General que estime su recurso y «acuerde por tanto admitir la designación y nombramiento de auditor solicitada por esta parte (y, consecuentemente, anule o deje sin efecto el fraudulento nombramiento de auditor realizado con posterioridad por el administrador único de la sociedad «Inversiones Tecniban, S.L.», cancelando dicha inscripción posterior)».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, 7.º y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, artículo 20 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio y 1.º de la Ley Hipotecaria, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Como cuestión previa hay que recordar lo dispuesto en el art. 20.1. del Código de Comercio, según el 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», por su parte, también en el ámbito mercantil, el artículo 7.º del Reglamento del Registro Mercantil dispone que «1. El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad»; en el mismo sentido, el párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, dispone que «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley».

2. 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.

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 dis-

posición 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 presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil con fecha 26 de febrero de 2018 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo con fecha 13 de noviembre de 2017, según resulta de certificación del administrador único de la misma fecha, carta de aceptación del auditor de fecha 16 de noviembre de 2017, que la documentación al efecto se presentó con fecha 23 de enero de 2018, resultando finalmente inscrita tal designación en el Registro Mercantil de Madrid en la inscripción 7.ª de la hoja social M-597711 con fecha 16 de marzo de 2018.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

4. El recurso no puede prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación del acuerdo y aceptación del auditor designado, así como su inscripción registral. En este sentido conviene recordar el estrecho contenido del presente expediente que se limita a examinar la concurrencia o no de los requisitos objetivos que determinen la procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario, sin que puedan dirimirse en el seno del mismo cualquier otra cuestión, cuestión, en su caso, reservada al correspondiente procedimiento judicial.

5. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia de la presentación de la documentación en cuestión, y como resulta de los antecedentes de hecho y del fundamento de derecho 3, dicha presentación concluyó con la inscripción 7.ª de la hoja social, por la que se procede a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio cerrado a 30 de noviembre de 2017. Por tanto, 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la desestimación del recurso.

En el supuesto que motiva la presente, además, la solicitud de inscripción de la auditoría ha sido anterior a la presentación de la instancia como resulta

del expediente, a lo que hay que añadir que: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento del auditor nombrado por la sociedad que, por otra parte, había sido designado con anterioridad a la petición del socio minoritario; 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 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. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid I, doña Isabel Adoración Antoniano González, dictada con fecha 10 de mayo de 2018, por la que acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor para la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 30 de noviembre de 2017, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 septiembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 2 de octubre de 2018

En el expediente 147/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Pedro Monsonis, S.A.»

HECHOS

I

Don P.M.A. presentó un escrito de fecha 6 de junio de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Pedro Monsonis, S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta:

a) Que la junta general de la sociedad se reunió, previa convocatoria, el día 28 de marzo de 2018 con el fin de aprobar las cuentas anuales cerradas el día 30 de septiembre de 2017. Que por el notario de Valencia don Francisco Sapena Davo se autorizó acta, a instancia de la administradora de la sociedad, en fecha 21 de marzo de 2018. Que de copia de dicha acta, que consta en el expediente resulta que: En fecha 28 de marzo se reúne en primera convocatoria la junta general de la sociedad con la presencia del cien por cien del capital social. Que en dicha junta y en relación a la propuesta de aplicación del resultado, el representante del hoy instante solicita que se repartan dividendos. Que la propuesta de aplicación de resultado es la de destinar el total beneficio a compensar pérdidas. Que la propuesta es aprobada con el voto en contra del hoy solicitante.

b) Que del balance de la sociedad resultan pérdidas acumuladas de 273.956,72 € si bien no provocan que el patrimonio neto de 3.022.266,27 fuese inferior al capital social de 480.000 € (sic), por lo que por aplicación del artículo 273.2 de la Ley de Sociedades de Capital se podía haber repartido dividendo.

c) Que por burofax de fecha 13 de abril de 2018 recibido por la sociedad el día siguiente, se notificó el ejercicio del derecho de separación de conformidad con el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que no ha habido acuerdo alguno sobre los puntos a que se refiere el artículo 353 de la misma Ley.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que no se produce el supuesto de hecho previsto en el artículo 348bis de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto del contenido del acta notarial y del escrito que el representante del solicitante había entregado para su protocolización resulta que su intención era que se repartiese dividendo, no con cargo a beneficio, sino con cargo a reservas como ha venido haciendo los últimos ejercicios. Que así lo acredita la escasa cuantía de los beneficios producidos en el ejercicio. 2.º Que en ningún momento por parte de los socios discrepantes se sometió a la junta una propuesta de distribución de dividendo con cargo al beneficio obtenido hurtando a la junta general la posibilidad de considerar y deliberar una propuesta alternativa. La ausencia de concreción unida a la inadvertencia de que se pretendía hacer uso del derecho de separación son prueba de la quiebra del deber de lealtad sustentado en las exigencias de la buena fe incurriendo en un claro abuso de derecho. 3.º Que la separación del socio es un supuesto excepcional que debe quedar supeditado al principio de estabilidad del capital siendo obligación de la administración promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad. Que en el momento actual la situación de la sociedad habría sido una irresponsabilidad la adopción del acuerdo de distribución del dividendo.

III

El registrador mercantil de Valencia n.º 7, don Miguel María Molina Castiella dictó resolución en fecha 26 de junio de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las acciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don I.T.T., actuando en representación de la sociedad como apoderado, por escrito de fecha 25 de julio de 2018, 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, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que el propio legislador ha puesto en cuestión el derecho de separación del artículo 348bis como demuestra su suspensión en dos ocasiones. Que también la doctrina ha puesto de manifiesto como su redacción actual puede dar lugar a situaciones de abuso de derecho o chantaje de la minora. Que hubiera sido deseable una mejor definición de la conducta social. Que el precepto está en trámites de reforma pese a que es evidente que está en vigor. Que la actuación del registrador mercantil debe ir más allá de la acreditación de los requisitos del supuesto de hecho y no puede excluir la apreciación de las circunstancias fácticas que acontecen en el supuesto concreto. Que es preciso reclamar del socio no solo lealtad sino también claridad como resulta de la sentencia de la Audiencia de Barcelona de 26 de marzo de 2015 que exige que el socio muestre una posición favorable al reparto de dividendos. Que en el supuesto de hecho la actuación del socio determina la ausencia del presupuesto objetivo para la aplicación del derecho de separación. 2.º Que en el acta notarial consta como el solicitante votó en contra de la aplicación del resultado solicitando que se repartan dividendos conforme al escrito que a la misma se une en el que se hace constar que nunca ha existido reparto pese a la existencia de reservas más que suficientes para ello. De su manifestación resulta que su

solicitud viene referida a que se repartan dividendos con cargo a reservas sin mención alguna al reparto con cargo a los beneficios propios de la explotación. Que así lo confirma el hecho de que se pronunciara en idénticos términos en juntas anteriores incluso cuando por no existir beneficios no podía existir reparto de dividendo con cargo a los mismos. Que de la vaga expresión del socio cabe deducir que lo trasladado a los socios en la propia junta no era la distribución de dividendos con cargo al beneficio sino con cargo a reservas por lo que no siendo el supuesto del artículo 348 bis no resulta procedente el ejercicio del derecho de separación. Que no se hizo reserva alguna del ejercicio del derecho de separación sino simplemente de las acciones legales que le correspondieran para la impugnación del acuerdo lo que incide en que lo que se pretendía era la vía del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital y no la del 348 bis. Que existe una evidente quiebra del principio de lealtad y de la buena fe. Que el registrador debe ejercer la apreciación de la concurrencia de los requisitos del artículo 348 bis en relación al artículo 7 del Código Civil de donde ha de resultar que se sobrepasa manifiestamente los límites de ejercicio del derecho por lo que procede la desestimación de la solicitud de nombramiento de experto independiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Instado por un socio de una sociedad anónima del registrador mercantil la designación de experto independiente como consecuencia del ejercicio del derecho de separación a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador estima la solicitud y desestima la oposición de la sociedad quien recurre en alzada ante esta Dirección General.

2. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los distintos motivos alegados por la sociedad puede enervar la circunstancia de que concurren el conjunto de requisitos que determinan la posibilidad de designación de experto a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Con independencia de que la dicción del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital en que fundamenta su solicitud el socio sea mejorable o esté en trámite de reforma, lo cierto, como reconoce el propio recurrente es

que se encuentra plenamente vigente por lo que su aplicación es indiscutida al supuesto de hecho.

3. Tampoco puede ser estimada la alegación de que el socio solicitante debió actuar con lealtad frente a la sociedad haciendo expresa reserva durante la junta en que se acordó la probación de propuesta de resultado de su intención de ejercer el derecho de separación.

El nacimiento del derecho de separación depende exclusivamente de la concurrencia de los requisitos legales exigidos por la norma que lo ampara. Como afirma la sentencia 32/2006 de 23 enero de nuestro Tribunal Supremo, el derecho de separación: «Nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (artículo 54.3 LSRL), que no es necesaria cuando sea notarial (art. 55.1 y 2 de la misma Ley) y no requiere que la sociedad lo acepte.» Es la adopción del acuerdo previsto en la norma y la oposición del socio el conjunto de hechos de los que nace el derecho de separación sin que pueda este supeditarse a otros no contemplados en el ordenamiento.

La afirmación anterior no se ve desvirtuada por el contenido de la sentencia 81/2015 de 26 marzo de la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, a que hace referencia el escrito de recurso. Es cierto que dicha sentencia afirma que: «En cualquier caso, entendemos que el socio minoritario que vota en el sentido exigido por la norma y que manifiesta expresamente su intención de ejercitar el derecho de separación por entender que los dividendos son insuficientes, no puede verse perjudicado por una norma confusa, de reciente incorporación a nuestro Ordenamiento, que en una interpretación estrictamente gramatical puede llevar a situaciones absurdas.», pero no lo es menos que la propia sentencia, siguiendo claramente la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo afirma que: «Por tanto, los presupuestos para el ejercicio del derecho de separación son los siguientes:... 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.»

Hay que tener en cuenta que la sentencia parte de un supuesto de hecho determinado en el que, a diferencia del que da lugar a la presente: «la propuesta de aplicación del resultado era abierta, esto es, sin precisar cuantías y destinos.» La concurrencia de esta circunstancia en el supuesto de hecho de la sentencia no justifica su extensión a otros supuestos distintos ni puede contrariar los requisitos exigidos por la norma y la interpretación que de los mismos lleva a cabo nuestro Tribunal Supremo.

En las sociedades de capital el orden del día lo elabora el órgano de administración que, tratándose de junta ordinaria, debe comprender necesariamente la propuesta de aplicación del resultado (artículos 253 y 273 de la Ley de Sociedades de Capital). Ante dicha propuesta la junta general puede debatir lo que tenga por conveniente pero sólo puede emitir un voto afirmativo o negativo (artículo 174 en relación con los artículos 198 y 201 de la Ley de

Sociedades de Capital), con la única excepción de la junta constituida con carácter de universal que puede debatir y votar sobre cualquier asunto (artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital). No resulta de los hechos que la junta se constituyera con tal carácter *(vide* resoluciones de este Centro en materia de recursos contra la calificación de los registradores de 29 de noviembre de 2011 y 12 de diciembre de 2016, entra otras), por lo que no procede prejuzgar cual habría de ser, en tal circunstancia, la interpretación del sentido del voto del socio que ejercita el derecho de separación.

De los hechos expuestos resulta que la junta general votó a favor de la propuesta de la administración de destinar la totalidad del beneficio a compensar pérdidas de ejercicios anteriores y que el socio que ejercita su derecho de separación voto en contra de la propuesta. Como ha reiterado esta Dirección General en la materia que nos ocupa (resoluciones de 4 y 22 de diciembre de 2017, 8 de enero, 12, 13, 22 y 28 de febrero de 2018), el ejercicio del derecho de separación 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. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

Por los mismos motivos no puede estimarse la alegación de que en realidad el socio lo que exigía era la distribución del dividendo con cargo a reservas y no con cargo al beneficio del ejercicio cerrado. Con independencia de cuál pueda ser la valoración de la conducta del socio en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional plenario, lo cierto es que de la documentación aportada al expediente resulta, como se afirma en las consideraciones anteriores, y con absoluta claridad que el socio votó en contra de la propuesta de resultado y que esta no comprendía el reparto de dividendo alguno, produciéndose así el conjunto de requisitos exigidos legalmente para que nazca el derecho de separación.

Por los mismos fundamentos resulta irrelevante que el socio se reservase el ejercicio de las acciones de impugnación correspondientes. Con independencia de que haya hecho uso o no del derecho que a tal efecto le reconoce la Ley de Sociedades de Capital, el propio texto legal le reconoce el derecho de separación en los términos del artículo 348 bis, derecho que obedece a una distinta finalidad y cuyos requisitos de ejercicio ni dependen del ejercicio de la acción de impugnación ni puede ser impedido por la reserva de ejercicio de acciones llevara a cabo el socio. Nuevamente, lo trascendente es que el socio haya ejercido su derecho de separación en términos de conformidad con la previsión de la Ley de Sociedades de Capital.

4. Por último, procede confirmar la resolución del registrador mercantil en lo referente a la desestimación del motivo por el que la sociedad alega abuso de derecho y mala fe del socio. Ninguna de dichas circunstancias puede ser objeto de apreciación en el ámbito de este expediente.

Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente al limitarse el objeto de este expediente a determinar si concurren o no los requisitos para el ejercicio del derecho de separación.

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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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 esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 23 de octubre de 2017 y 26 de enero, 7, 12 y22 de febrero y 13 de marzo de 2018).

Si la parte recurrente considera que la actuación del socio 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 Valencia n.º 7, don Miguel María Molina Castiella de fecha 26 de junio de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 octubre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 3 de octubre de 2018

En el expediente 126/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «M.C. Voxcom, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 28 de marzo de 2018 dirigido al Registro Mercantil de La Rioja, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «M.C. Voxcom, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, abuso de derecho y dudas en la titularidad real de las participaciones sociales del solicitante.

III

La registradora mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez-Bernal, dictó resolución de 24 de mayo de 2018, por la que acordó inadmitir la oposición de la sociedad y nombrar auditor de cuentas para el ejercicio 2017.

IV

Don ….., en nombre y representación de la sociedad, como administrador único de la misma, por escrito de fecha 27 de junio de 2018, en el que consta sello de imposición en el servicio Postal de Correos el 28 de junio de 2018, interpuso recurso contra dicha resolución reiterando los fundamentos de su escrito de oposición, que no se reproducen por innecesario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se

aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En cuanto al motivo de alegación relativo al abuso de derecho por parte 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 (artículo 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 (artículo 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 que se refiere a la alegación relativa a las dudas en la titularidad real de las participaciones sociales del solicitante, las mismas se fundan en meras manifestaciones del recurrente que, en ningún caso, han sido contradichas por la sociedad.

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 2017

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez-Bernal, de 24 de mayo de 2018, por la que acordó inadmitir la oposición de la sociedad y nombrar auditor de cuentas para el ejercicio 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, 3 de octubre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de La Rioja.

Resolución de 4 de octubre de 2018 (1.ª)

En el expediente 127/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gestión de Operaciones Goes, S.L.»

HECHOS

I

Doña C.G.C. presentó escrito de fecha 23 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el 3 de abril inmediato posterior (si bien se remitió por correo certificado el día 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 de Operaciones Goes, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitud fue presentada fuera del plazo máximo previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital por lo que no debe ser admitida sin que el hecho de que se remitiese por correo certificado fuese relevante al no tratarse de un correo certificado de naturaleza administrativa. 2.º Que la socia no reúne el mínimo de capital exigido por el citado artículo puesto que la sociedad en virtud de Junta General Universal Extraordinaria celebrada en fecha 21 de febrero de 2018, aumentó el capital quedando su participación por debajo del umbral legal. 3.º Que la socia ha dispuesto en todo momento de toda la información que ha requerido por lo que no ha existido limitación al conocimiento de las cuentas sociales. 4.º Que la sociedad se encuentra en una situación económica delicada por lo que el coste económico de la auditoría pondrá en peligro su viabilidad.

III

El registrador mercantil de Barcelona XVI, don Francisco Javier González del Valle García, dictó resolución en fecha 6 de junio de 2018 por la que acordó admitir la oposición y rechazar el nombramiento del auditor solicitado. La resolución del registrador, tras rechazar el argumento de falta de presentación en plazo en base a los artículos 16.4.C de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 14 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, se fundamentó esencialmente en el hecho de que costa inscrito en el Registro Mercantil el acuerdo adoptado en la junta general universal de fecha 21 de febrero de 2018 por el que se aumenta el capital social a raíz del que la señora solicitante ostenta un porcentaje de capital inferior al mínimo legal.

IV

Doña C.G.C., por escrito de fecha 29 de junio de 2018, que tuvo entrada el día 4 de julio 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 solicitante ha tenido conocimiento de la junta general universal de 21 de febrero de 2018 por la que se procede a aumentar el capital social al serle notificada la resolución denegatoria del registrador. Que ante la simulación de junta general ha procedido a presentar querella criminal contra el administrador de la sociedad procediendo que el expediente se suspenda hasta que se adopte la resolución judicial que corresponda. Se acompaña copia de la querella. Que además, la parte solicitante tiene intención de proceder a la impugnación en sede civil de los acuerdos de referencia por lo que procede igualmente por este motivo la suspensión del expediente. 2.º Que con independencia de lo anterior, no puede oponerse a la solicitante un aumento de capital adoptado con anterioridad a su solicitud y presentado con posterioridad en el Registro Mercantil. Que aunque los efectos del asiento de inscripción se retrotraen a la fecha de presentación esta ha de ser siempre posterior al día 14 de mayo de 2018, día en que se autorizó la escritura de elevación a público de acuerdos sociales. Que ostentando la socia, al tiempo de la presentación de su solicitud, un porcentaje de capital superior al cinco por ciento exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no puede oponérsele un aumento de capital inscrito con posterioridad.

A la vista del escrito de recurso, esta Dirección General de los Registros y del Notariado acordó en fecha 28 de agosto de 2018 oficiar a la recurrente y, al amparo de la previsión del artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, conceder un plazo de quince días para traer al expediente la documentación que justificase las acciones a que se refiere el escrito.

La recurrente doña C.G.C. aporta al expediente, por medio de escrito de fecha 20 de septiembre de 2018, auto de fecha 31 de julio de 2018 por el que la magistrada juez del Juzgado de Instrucción n.º 24 de Barcelona, doña María Antonia Coscollola Freixa admite el escrito de querella. Igualmente acompaña copia del decreto de fecha 25 de julio de 2018 del letrado de la Administración de Justicia doña ….. recaído en procedimiento 253/2018-1 del Juzgado de lo Mercantil n.º 11 de Barcelona por el que se admite la demanda de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en la junta general de fecha 21 de febrero de 2018 elevados a público en la escritura autorizada por el notario de Barcelona don Joan Carles Olle Favaro el día 14 de mayo del mismo año (1027 de protocolo).

Por su parte don J.M.C.R., administrador único de la sociedad Gestión de Operaciones Goes S.L., presenta escrito de fecha 21 de septiembre de 2018 en el que ratifica los motivos de oposición expresados en el escrito en su día aportado, ratifica la realidad de los actos contenidos en la escritura de elevación a público de acuerdos sociales y solicita la suspensión del procedimiento hasta no queden resueltas las acciones legales emprendidas por doña C.G.C.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 (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 su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas, bien para determinar si el solicitante es titular de un porcentaje sobre un conjunto de ellas bien, como ahora se hace, porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social. 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.

2. En el caso presente, acreditado en el expediente que existe litispendencia tanto penal como civil en torno a la legitimación de la solicitante por haberse planteado ante el Juzgado competente querella y demanda sobre la validez de acuerdos sociales de los que depende aquella, procede declarar en suspenso la tramitación del expediente hasta que la exigida legitimación haya sido definitivamente aclarada mediante sentencia firme dictada en el procedimiento correspondiente, en el entendimiento de que, si se declara en sede judicial la improcedencia de la demanda sobre la validez de los acuerdos, la decisión del registrador mercantil de Barcelona quedaría definitivamente confirmada y viceversa.

No es óbice el hecho de que los acuerdos impugnados se encuentren inscritos en el Registro Mercantil pues la presunción de validez y exactitud que proclama el artículo 20 del Código de Comercio admite prueba en contrario mediante el ejercicio, como en el caso presente, de la oportuna demanda judicial.

Acreditado en el expediente la existencia de procedimientos judiciales que, de prosperar, determinarían la existencia de un interés protegible en los términos del artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de

Capital procede la suspensión del procedimiento en tanto no recaiga sentencia firme de la que resulte la concurrencia o no del requisito de legitimación alegado por la parte solicitante y al que se opone la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General resuelve acordar la suspensión del procedimiento a que se refiere la resolución del registrador mercantil de Barcelona XVI, don Francisco Javier González del Valle García de fecha 6 de junio de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 octubre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 4 de octubre de 2018 (2.ª)

En el expediente 128/2018 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 19 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Lugo, en el que tuvo su entrada el mismo día 19, 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 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, por escrito de fecha 4 de abril de 2018,

que tuvo entrada el día 6 del mismo mes en el Registro Mercantil de Lugo, alegando, en esencia, que con fecha 22 de marzo de 2018 ya ha sido nombrado auditor y que dicho nombramiento ha sido aceptado por el auditor nombrado el mismo día 22 de marzo de 2018.

III

La registradora mercantil de Lugo, doña María Núñez Núñez, dictó resolución de fecha 28 de mayo de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, por escrito de fecha 20 de junio de 2018, que tuvo entrada el 26 de junio de 2018 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107, 113 y 118 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. 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 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.

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 obligato-

rio, 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 resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 19 de marzo de 2018 y, por otro, que la sociedad nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter posterior a dicha solicitud en fecha 22 de marzo de 2018. La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

En este sentido, resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger no 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, no ha sido debidamente cumplimentado (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), dado que, 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 podrían enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil, lo que en este caso no se ha producido.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Lugo, doña María Núñez Núñez, 28 de mayo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 octubre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Lugo.

Resolución de 4 de octubre de 2018 (3.ª)

En el expediente 146/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Pedro Monsonis, S.A.»

HECHOS

I

Don R.M.C. presentó un escrito de fecha 11 de junio de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 13 inmediato posterior, en el que solicitó, como tutor de su padre don R.M.M., y al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representado de «Pedro Monsonis, S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones como consecuencia del ejercicio del derecho de separación.

De la solicitud, y documentación que la acompaña, resulta:

a) Que la junta general de la sociedad se reunió, previa convocatoria, el día 28 de marzo de 2018 con el fin de aprobar las cuentas anuales cerradas el día 30 de septiembre de 2017. Que por el notario de Valencia don Francisco Sapena Davo se autorizó acta, a instancia de la administradora de la sociedad, en fecha 21 de marzo de 2018. Que de copia de dicha acta, que consta en el expediente resulta que: En fecha 28 de marzo se reúne en primera convocatoria la junta general de la sociedad con la presencia del cien por cien del capital social. Que en dicha junta y en relación a la propuesta de aplicación del resultado, el representante del hoy instante solicita que se repartan dividendos. Que la propuesta de aplicación de resultado es la de destinar el total beneficio a compensar pérdidas. Que la propuesta es aprobada con el voto en contra del hoy solicitante.

b) Que del balance de la sociedad resultan pérdidas acumuladas de 273.956,72 € si bien no provocan que el patrimonio neto de 3.022.266,27 fuese inferior al capital social de 480.000 € (sic), por lo que por aplicación del artículo 273.2 de la Ley de Sociedades de Capital se podía haber repartido dividendo.

c) Que por burofax de fecha 24 de abril de 2018 recibido por la sociedad el día siguiente, se notificó el ejercicio del derecho de separación de conformidad con el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que no ha habido acuerdo alguno sobre los puntos a que se refiere el artículo 353 de la misma Ley.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que no se produce el supuesto de hecho previsto en el artículo 348bis de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto del contenido del acta notarial y del escrito que el representante del solicitante había entregado para su protocolización resulta que su intención era que se repartiese dividendo, no con cargo a beneficio, sino con cargo a reservas como ha venido haciendo los últimos ejercicios. Que así lo acredita la escasa cuantía de los beneficios producidos en el ejercicio. 2.º Que en ningún momento por parte de los socios discrepantes se sometió a la junta una propuesta de distribución de dividendo con cargo al beneficio obtenido hurtando a la junta general la posibilidad de considerar y deliberar una propuesta alternativa. La ausencia de concreción unida a la inadvertencia de que se pretendía hacer uso del derecho de separación son prueba de la quiebra del deber de lealtad sustentado

en las exigencias de la buena fe incurriendo en un claro abuso de derecho. 3.º Que la separación del socio es un supuesto excepcional que debe quedar supeditado al principio de estabilidad del capital siendo obligación de la administración promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad. Que en el momento actual la situación de la sociedad habría sido una irresponsabilidad la adopción del acuerdo de distribución del dividendo.

III

El registrador mercantil de Valencia n.º 1, don Rodolfo Bada Maño dictó resolución en fecha 5 de julio de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las acciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don I.T.T., actuando en representación de la sociedad como apoderado, por escrito de fecha 25 de julio de 2018, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que el propio legislador ha puesto en cuestión el derecho de separación del artículo 348bis como demuestra su suspensión en dos ocasiones. Que también la doctrina ha puesto de manifiesto como su redacción actual puede dar lugar a situaciones de abuso de derecho o chantaje de la minora. Que hubiera sido deseable una mejor definición de la conducta social. Que el precepto está en trámites de reforma pese a que es evidente que está en vigor. Que la actuación del registrador mercantil debe ir más allá de la acreditación de los requisitos del supuesto de hecho y no puede excluir la apreciación de las circunstancias fácticas que acontecen en el supuesto concreto. Que es preciso reclamar del socio no solo lealtad sino también claridad como resulta de la sentencia de la Audiencia de Barcelona de 26 de marzo de 2015 que exige que el socio muestre una posición favorable al reparto de dividendos. Que en el supuesto de hecho la actuación del socio determina la ausencia del presupuesto objetivo para la aplicación del derecho de separación. 2.º Que en el acta notarial consta como el solicitante votó en contra de la aplicación del resultado solicitando que se repartan dividendos conforme al escrito que a la misma se une en el que se hace constar que nunca ha existido reparto pese a la existencia de reservas más que suficientes para ello. De su manifestación resulta que su solicitud viene referida a que se repartan dividendos con cargo a reservas sin mención alguna al reparto con cargo a los beneficios propios de la explotación. Que así lo confirma el hecho de que se pronunciara en idénticos términos en juntas anteriores incluso cuando por no existir beneficios no podía existir reparto de dividendo con cargo a los mismos. Que de la vaga expresión del socio cabe deducir que lo trasladado a los socios en la propia junta no era la distribución de dividendos con cargo al beneficio sino con cargo a reservas por lo que no siendo el supuesto del artículo 348 bis no resulta procedente el ejercicio del derecho de separación. Que no se hizo reserva alguna del ejercicio del derecho de separación sino simplemente de las acciones legales que le correspondieran para la impugnación del acuerdo lo que incide en que lo que se pretendía era la vía del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital y no la del 348 bis. Que existe una evidente quiebra del principio de lealtad y de la buena fe. Que el registrador debe ejercer la apreciación de la concurrencia de los requisitos del artículo 348 bis en relación al artículo 7 del Código Civil de donde ha de resultar que se sobrepasa manifiestamente los límites de ejercicio del derecho por lo que procede la desestimación de la solicitud de nombramiento de experto independiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Instado por un socio de una sociedad anónima del registrador mercantil la designación de experto independiente como consecuencia del ejercicio del derecho de separación a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador estima la solicitud y desestima la oposición de la sociedad quien recurre en alzada ante esta Dirección General.

2. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los distintos motivos alegados por la sociedad puede enervar la circunstancia de que concurren el conjunto de requisitos para que por el socio se haya instado la designación a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Con independencia de que la dicción del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital en que fundamenta su solicitud el socio sea mejorable o esté en trámite de reforma, lo cierto, como reconoce el propio recurrente es que se encuentra plenamente vigente por lo que su aplicación es indiscutida al supuesto de hecho.

3. Tampoco puede ser estimada la alegación de que el socio solicitante debió actuar con lealtad frente a la sociedad haciendo expresa reserva durante la junta en que se acordó la probación de propuesta de resultado de su intención de ejercer el derecho de separación.

El nacimiento del derecho de separación depende exclusivamente de la concurrencia de los requisitos legales exigidos por la norma que lo ampara. Como afirma la sentencia 32/2006 de 23 enero de nuestro Tribunal Supremo, el derecho de separación: «Nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (artículo 54.3 LSRL), que no es necesaria cuando sea notarial (art. 55.1 y 2 de la misma Ley) y no requiere que la sociedad lo acepte.» Es la adopción del acuerdo previsto en la norma y la oposición del socio el conjunto de hechos de los que

nace el derecho de separación sin que pueda este supeditarse a otros no contemplados en el ordenamiento.

La afirmación anterior no se ve desvirtuada por el contenido de la sentencia 81/2015 de 26 marzo de la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, a que hace referencia el escrito de recurso. Es cierto que dicha sentencia afirma que: «En cualquier caso, entendemos que el socio minoritario que vota en el sentido exigido por la norma y que manifiesta expresamente su intención de ejercitar el derecho de separación por entender que los dividendos son insuficientes, no puede verse perjudicado por una norma confusa, de reciente incorporación a nuestro Ordenamiento, que en una interpretación estrictamente gramatical puede llevar a situaciones absurdas.», pero no lo es menos que la propia sentencia, siguiendo claramente la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo afirma que: «Por tanto, los presupuestos para el ejercicio del derecho de separación son los siguientes:... 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.»

Hay que tener en cuenta que la sentencia parte de un supuesto de hecho determinado en el que, a diferencia del que da lugar a la presente: «la propuesta de aplicación del resultado era abierta, esto es, sin precisar cuantías y destinos.» La concurrencia de esta circunstancia en el supuesto de hecho de la sentencia no justifica su extensión a otros supuestos distintos ni puede contrariar los requisitos exigidos por la norma y la interpretación que de los mismos lleva a cabo nuestro Tribunal Supremo.

En las sociedades de capital el orden del día lo elabora el órgano de administración que, tratándose de junta ordinaria, debe comprender necesariamente la propuesta de aplicación del resultado (artículos 253 y 273 de la Ley de Sociedades de Capital). Ante dicha propuesta la junta general puede debatir lo que tenga por conveniente pero sólo puede emitir un voto afirmativo o negativo (artículo 174 en relación con los artículos 198 y 201 de la Ley de Sociedades de Capital), con la única excepción de la junta constituida con carácter de universal que puede debatir y votar sobre cualquier asunto (artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital). No resulta de los hechos que la junta se constituyera con tal carácter *(vide* resoluciones de este Centro en materia de recursos contra la calificación de los registradores de 29 de noviembre de 2011 y 12 de diciembre de 2016, entra otras), por lo que no procede prejuzgar cual habría de ser, en tal circunstancia, la interpretación del sentido del voto del socio que ejercita el derecho de separación.

De los hechos expuestos resulta que la junta general votó a favor de la propuesta de la administración de destinar la totalidad del beneficio a compensar pérdidas y que el socio que ejercita su derecho de separación votó en contra de la propuesta. Como ha reiterado esta Dirección General en la materia que nos ocupa (resoluciones de 4 y 22 de diciembre de 2017, 8 de enero, 12, 13, 22 y 28 de febrero de 2018), el ejercicio del derecho de separación 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. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

Por los mismos motivos no puede estimarse la alegación de que en realidad el socio lo que exigía era la distribución del dividendo con cargo a reservas y no con cargo al beneficio del ejercicio cerrado. Con independencia de cuál pueda ser la valoración de la conducta del socio en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional plenario, lo cierto es que de la documentación aportada al expediente resulta, como se ha afirmado en las consideraciones anteriores, y con absoluta claridad que el socio votó en contra de la propuesta de resultado y que esta no comprendía el reparto de dividendo alguno, produciéndose así el conjunto de requisitos exigidos legalmente para que nazca el derecho de separación.

Por los mismos fundamentos resulta irrelevante que el socio se reservase el ejercicio de las acciones de impugnación correspondientes. Con independencia de que haya hecho uso o no del derecho que a tal efecto le reconoce la Ley de Sociedades de Capital, el propio texto legal le reconoce el derecho de separación en los términos del artículo 348 bis, derecho que obedece a una distinta finalidad y cuyos requisitos de ejercicio ni dependen del ejercicio de la acción de impugnación ni puede ser impedido por la reserva de ejercicio de acciones llevara a cabo el socio. Nuevamente, lo trascendente es que el socio haya ejercido su derecho de separación en términos de conformidad con la previsión de la Ley de Sociedades de Capital.

4. Por último, procede confirmar la resolución del registrador mercantil en lo referente a la desestimación del motivo por el que la sociedad alega abuso de derecho y mala fe del socio. Ninguna de dichas circunstancias puede ser objeto de apreciación en el ámbito de este expediente.

Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente al limitarse el objeto de este expediente a determinar si concurren o no los requisitos para el ejercicio del derecho de separación.

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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones

sociales. 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 (artículo 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 esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 23 de octubre de 2017 y 26 de enero, 7, 12 y22 de febrero y 13 de marzo de 2018).

Si la parte recurrente considera que la actuación del socio 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 Valencia n.º 1, don Rodolfo Bada Maño de fecha 5 de julio de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 octubre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 4 de octubre de 2018 (4.ª)

En el expediente 130/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pazo Blanco Núñez, S.L.»

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 7 de marzo de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Orense, en el que tuvo su entrada el día 26 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.», –en concreto, de un 33% del capital social– el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Por medio de escrito de fecha 8 de abril de 2018, que tuvo su entrada en el registro mercantil el día 9 de abril del mismo año, don …..., en su condición de administrador solidario de la mercantil, se opuso a la pretensión de la socia, alegando, en esencia:

1. Que la sociedad no tiene obligación legal de someter sus cuentas anuales a verificación de auditor.
2. Que la peticionaria no dispone del 5% del capital social exigido legalmente para solicitar el nombramiento de auditor, según acta de requerimiento notarial para autorización de junta de socios de la entidad en cuestión, en la que, según manifiesta, se aprueba por mayoría la ampliación de capital por compensación de crédito en cuantía determinada otorgado por el socio don ….., con lo que doña ….. dispondría de un total de 4,75% de las participaciones sociales.
3. Mala fe por parte de la socia peticionaria, así como 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 José Ylla García-Germán, dictó resolución de fecha 11 de mayo de 2018 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado, desestimando la oposición de la sociedad.

IV

Don ….., en su condición de administrador solidario de la mercantil, por escrito de fecha 4 de junio de 2018, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Orense el mismo día 4 del citado mes, interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando en fase de recurso únicamente el argumento antes expresado en su escrito de oposición bajo el número 2., esto es, que la peticionaria no dispone del 5% del capital social exigido legalmente para solicitar el nombramiento de auditor, según acta de requerimiento notarial para autorización de junta de socios de la entidad en cuestión, en la que, según manifiesta, se aprueba por mayoría la ampliación de capital por compensación de crédito en cuantía determinada otorgado por el socio don ….., con lo que doña ….. dispondría de un total de 4,75% de las participaciones sociales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Esta Dirección General 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). No obstante, hay que tener en cuenta que en el supuesto que motiva la presente no resulta del expediente la existencia de escritura pública que documente y eleve a público los acuerdos contenidos en el acta a que se refiere el recurrente y, claro está, tampoco resulta del mismo inscripción ni presentación alguna al efecto en el registro mercantil.

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 –no resultando del expediente, como ya se ha dicho, la existencia de escritura pública que documente y eleve a público los acuerdos contenidos en el acta– 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 (artículo 21 del Código de Comercio). Sólo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es exacto y válido (artículo 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 (artículo 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». Por su parte, el artículo 203.2 de la Ley de Sociedades de Capital, dispone que «el acta notarial no se someterá a trámite de aprobación, tendrá la consideración de acta de la junta y los acuerdos que consten en ella podrán ejecutarse a partir de la fecha de su cierre»; en el mismo sentido, el artículo 103 Reglamento del Registro Mercantil, al señalar que «1. La diligencia relativa a la reunión, extendida por el Notario en el propio acto o, ulteriormente, en su estudio con referencia a las notas tomadas sobre el lugar, no necesitará aprobación, ni precisará ser firmada por el Presidente y el Secretario de la Junta. 2. El acta notarial tendrá la consideración de acta de la Junta y, como tal, se transcribirá en el Libro de actas de la sociedad». Si bien, en el caso que motiva la presente, no resulta del expediente la existencia de escritura pública que documente y eleve a público los acuerdos contenidos en el acta, lo cierto es que, con arreglo a los preceptos transcritos, el acta notarial no se someterá a trámite de aprobación, tendrá la consideración de acta de la junta y los acuerdos que consten en ella podrán ejecutarse a partir de la fecha de su cierre; siendo, por tanto, el acuerdo, plenamente ejecutable.

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 (artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital), y legitima para ejercitar los derechos inherentes a la misma (artículo 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 (artículo 34 de la propia Ley), o de la responsabilidad que de dicha circunstancia derive hacia los administradores (artículo 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 (artículo 104 de la Ley), y el ejercicio de los derechos inherentes a esta condición: derecho al dividendo (artículo 275), a la cuota de liquidación (artículo 392), al de asunción o suscripción preferente (artículo 304), al de asistir (artículo 179), y votar (artículo 188), en las juntas generales, así como el de obtener información (196 y 197 de la Ley), e impugnar los acuerdos sociales (artículo 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 (artículo 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 que-

dan 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 con 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).

3. De acuerdo con lo dispuesto en el ya citado artículo 202: «3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten». Esto es, desde el momento de su ejecución el acuerdo social despliega sus efectos y los socios pueden actuar en consecuencia, por tanto, se considera que, igualmente, la socia no sería ya titular de participaciones en número suficiente para solicitar, tal como ha hecho, el nombramiento de auditor que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

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 o, como es el caso, lo sigue siendo, pero en un número de participaciones insuficientes que legitimen su petición *(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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Orense, don Andrés José Ylla García-Germán, fecha 11 de mayo de 2018, por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado, desestimando la oposición de la sociedad.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Orense.

Resolución de 9 de octubre de 2018 (1.ª)

En el expediente 133/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Serac, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 27 de marzo de 2018 dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 28 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 «SERAC, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Trasladada la solicitud a la sociedad en fecha 3 de abril de 2018, no se opuso a la pretensión de la socia dentro del plazo legal.

III

La registradora mercantil de Barcelona, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, dictó resolución de 17 de mayo de 2018, por la que acordó proceder al nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2017.

IV

Don ….., en nombre y representación de la sociedad, como administrador único de la misma, por escrito de fecha 5 de julio de 2018, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Barcelona el día 10 del mismo mes, interpuso recurso contra dicha resolución, alegando incompetencia del Registro Mercantil de Barcelona para resolver la solicitud en cuestión, ya que la sociedad, según afirma, tiene su domicilio social trasladado a Cáceres, en virtud de escritura de traslado de domicilio social otorgada en Barcelona el 24 de octubre de 2017, protocolo 3711, ante el notario de dicha ciudad, don Jaime Calvo Francia.

V

Con el oficio de remisión del expediente de fecha 17 de julio de 2018 que tuvo su entrada en el registro general del Ministerio de Justicia el mismo día 17, se informa por la registradora que, en cuanto a la alegación relativa al traslado de domicilio de la citada sociedad, no hay constancia registral de presentación del documento alguno en relación al mismo ni se ha expedido la correspondiente certificación del traslado alegado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, artículo 20 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, artículos 7, 17, 18 y 19 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y 1.º de la Ley Hipotecaria, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento del Registro Mercantil, en materia de competencia registral, «1. La inscripción se practicará en el Registro correspondiente al domicilio del sujeto inscribible. 2. El mismo criterio se aplicará para la determinación del Registro que haya de encargarse de la legalización de los libros de los empresarios, del nombramiento de expertos independientes y auditores, del depósito de los documentos contables y de las demás operaciones que están encomendadas al Registro Mercantil».

Por otra parte, hay que recordar lo dispuesto en el art. 20.1 del Código de Comercio, según el 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» y, en el ámbito mercantil, el artículo 7.º del Regla-

mento del Registro Mercantil dispone que «1. El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad»; en el mismo sentido, el párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, dispone que «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley».

2. El recurso no puede prosperar ya que no puede aceptarse la alegación de la sociedad relativa a la incompetencia del Registro Mercantil de Barcelona para resolver la solicitud en cuestión, al tener la sociedad, según afirma, su domicilio social trasladado a Cáceres. Así, 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» (artículo 9 de la Ley de Sociedades de Capital). Si el domicilio señalado no coincide con el real, dicha circunstancia no perjudica a terceros (artículo 10 de la propia Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 20 del Código de Comercio, antes expresado). 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 (artículo 225 de la Ley) y a quien incumbe la iniciativa para modificar, en su caso, el contenido de los estatutos (artículo 286 de la Ley de Sociedades de Capital). En consecuencia, y como resulta del propio expediente, es el propio órgano de administración el que debe de tomar las medidas precisas para que el domicilio real y el domicilio social fijado en estatutos y publicado coincidan, deber muy favorecido por el legislador que, salvo disposición contraria de los estatutos, autoriza a cumplir dentro del mismo término municipal sin necesidad de acuerdo social de modificación de estatutos (artículo 285.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

No cabe en consecuencia apreciar el motivo de falta de competencia del Registro Mercantil de Barcelona para resolver la solicitud, siendo dicho registro competente, pues ha sido la propia sociedad quien, con su inacción, ha generado la discordancia; máxime, a la vista del oficio de remisión del propio registro mercantil en el que se informa que no hay constancia registral de presentación de documento alguno en relación al traslado de domicilio social ni se ha expedido la correspondiente certificación del traslado.

3. Lo anterior, unido al cumplimiento por la 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 la socia 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 2017

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, de fecha 17 de mayo de 2018, por la que acordó nombrar auditor de cuentas para el ejercicio 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora de Barcelona.

Resolución de 9 de octubre de 2018 (2.ª)

En el expediente 136/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Urbalia, Obras y Proyectos, S.A.»

HECHOS

I

Don ….. presenta escrito de fecha 22 de enero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 5 de febrero, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5% del capital social de la mercantil «Urbalia, Obras y Proyectos, S.A.» (titular del 50 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 8 de febrero de 2018 en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 23 de febrero, presentado el día 26 del mismo mes, alegando que el solicitante formalizó escritura de transmisión de participaciones sociales de la mencionada entidad el 23 de

diciembre de 2015 ante don Antonio Izquierdo Meroño por las que adquiría, con precio aplazado, de su hermano y administrador mancomunado de la mercantil, don ….., las acciones que le legitimarían para instar el presente expediente. Alega que el solicitante «incumplió reiteradamente sus obligaciones de pago» con lo que el administrador mancomunado entiende que «desde este instante quedan sin efecto para Vd. los derechos inherentes a dichas acciones». Concluye el escrito de oposición indicando que el solicitante «lo que pretende y ha pretendido, es paralizar la vida societaria, paralizar los órganos sociales y su actividad, respondiendo sus acciones a la decisión de quien suscribe de resolver el contrato de transmisión de acciones por falta de pago».

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictó resolución de fecha 7 de junio de 2018 por la que acordó desestimar la oposición de la mercantil ya que «el contrato de compraventa de participaciones continúa estando vigente, y como consecuencia de ello, el accionista, don ….., sigue siendo propietario de dichas acciones» estando legitimado para la solicitud. Por otro lado, recuerda en relación a la motivación del solicitante que «las determinaciones internas que han llevado al peticionario a solicitar la auditoría no pueden examinarse en este procedimiento» quedando expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

IV

Don ….., en su condición de representante legal de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 7 de junio, alegando que procede la suspensión del presente expediente puesto que «la demanda de resolución de la compraventa de participaciones se presenta ante los Juzgados de Primera Instancia de Sevilla el 2 de abril de 2018, notificándonos del Juzgado de Primera Instancia Nº 11 el 17 de mayo de 2018 el decreto de admisión a trámite de la misma». Además, en la demanda se solicita como medida cautelar la suspensión de los derechos políticos del demandado sobre las acciones, acompañando Decreto de admisión a trámite de las medidas cautelares con señalamiento de la vista para el 19 de julio. Por último, reitera el recurrente el «conocimiento fiel y exacto por parte del solicitante de las cuentas de la sociedad cuya auditoría pretende» con lo que la solicitud «responde a otros fines, abuso de derecho y mala fe».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El 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 (artículo 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). De este modo la calificación registral se extiende a la legitimación del solicitante, acreditando ser titular del al menos el 5% del capital social; el cumplimiento del plazo de tal solicitud, que se haga en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social; y que la sociedad no haya enervado el derecho del socio minoritario conforme a lo anteriormente expuesto.

2. En el presente expediente el recurso planteado discute la condición de socio del solicitante y, por tanto, la legitimidad para instar el presente expediente, ya que el mismo adquirió el dominio de las acciones mediante escritura otorgada en Sevilla el 23 de diciembre de 2015 ante don Antonio Izquierdo Meroño, resultando el aplazamiento de la satisfacción del precio. Alega el recurrente que tras el incumplimiento en el pago el transmitente notificó la resolución de la compraventa, encontrándose tal extremo sub iudice al ser objeto de demanda ante el Juzgado de Primera Instancia Número 11 de Sevilla.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la mera reclamación de cantidad no legitima a quien ha sido socio a ejercer unos derechos que le fueron transferidos junto a la titularidad de las acciones y cuyo ejercicio corresponde al comprador. Es cierto que en el contrato que se aporta al expediente consta un aplazamiento del precio, pero, a falta de consentimiento de ambas partes, hasta que no exista una resolución judicial firme de la que resulte como consecuencia la restitución de las prestaciones la parte vendedora no habrá recuperado el dominio de las acciones vendidas, correspondiendo por tanto tal condición junto con los derechos inherentes a la misma al comprador sin que sea admisible una resolución unilateral del mismo.

3. Ha quedado acreditado en sede de recurso que tal extremo, la resolución del contrato de compraventa de acciones por incumplimiento del comprador en la satisfacción del precio, ha sido objeto de impugnación judicial al acompañar copia de la demanda, así como del decreto de admisión a trámite de la misma. Por tanto, y conforme la doctrina reiterada de este Centro Directivo (RDGRN de 27 de diciembre de 1999, 18 de abril de 2001 y 7 de julio de 2005) procede la inmediata suspensión del presente expediente hasta la aportación de la resolución judicial firme que determine la titularidad de las acciones que legitimaría para el instar el presente expediente.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, de fecha 7 de junio de 2018, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de derecho.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 9 de octubre de 2018 (3.ª)

En el expediente 141/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cube Interiora Reformas y Construcciones, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 27 de marzo de 2018, 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 «Cube Interiora Reformas y Construcciones, S.L.», (concretamente, titular del 50%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La registradora mercantil de Granada, doña Concepción Rodríguez Gil, notifica a la sociedad mediante resolución de fecha 5 de abril de 2018, que es recibida el día 10 del mismo mes, para que en su caso, ejercite el derecho de oposición a tal solicitud.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito suscrito el día 17 de abril por don ….., administrador único de la mercantil, alegando que «el socio solicitante como socio no minoritario, ya que posee el 50% de las participaciones de la sociedad, conoce el estado y la situación real de la sociedad, es más con fecha 14 de junio de 2016, y previo acuerdo de partes en la Junta General cesó en el cargo como administrador solidario» con lo que acceder a tal pretensión supondría un coste innecesario.

IV

La registradora mercantil de Granada, doña Concepción Rodríguez Gil, dictó resolución de fecha 25 de abril de 2018, por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ….., administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 13 de julio de 2018, que tuvo entrada el día 27 del mismo mes en el Registro Mercantil de Granada, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando el conocimiento por el socio solicitante del estado contable, así como la ausencia de causa en la solicitud formulada que, en caso de ser estimada, supondría un coste innecesario para la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede estimarse el recurso interpuesto pues el motivo alegado por la sociedad no puede imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

En concreto, los motivos de recurso se pueden agrupar en dos: el carácter no minoritario del socio ya que es titular del 50% del capital social y la falta de buena fe por parte del socio solicitante al no expresar causa alguna en la solicitud.

2. Respecto del primer motivo de recurso, 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. Por tanto, es competencia de este Centro Directivo analizar la concurrencia de los requisitos anteriormente expuestos, debiendo concluir que en nada afecta el porcentaje de titularidad de participaciones sociales que ostente el socio instante siempre y cuando equivalga como mínimo al 5 % del mismo.

3. 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 (artículo 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 (artículo 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 relación con la posible concurrencia de fraude de ley en la solicitud, es constante doctrina de este Centro Directivo 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 (artículos 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.

5. Por último, debe recordarse que 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» (artículo 4.1 de Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de cuentas).

6. 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 2017.

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 25 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Granada.

Resolución de 9 de octubre de 2018 (4.ª)

En el expediente 152/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Xmilub, S.L.L.».

HECHOS

I

Don ….. presenta escrito de fecha 19 de febrero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Murcia, en el que tuvo su entrada el día 28 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 la mercantil «Xmilub, S.L.L.» (titular del 33 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 1 de marzo de 2018 en el domicilio social, siendo recibido el día 8 del mismo mes, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 14 de marzo presentado el día siguiente, alegando que «en junta general extraordinaria celebrada el día 31 de julio de 2017, conforme al punto tres establecido en el orden del día y actuando como secretaria D.ª María del Pilar Berrocal Casas, notaria del Ilustre Colegio de Notarios de Murcia se designó como auditor de cuentas para el ejercicio 2017 y sucesivos a Praxis Auditores S.L.P.». Acompañan copia de la mencionada acta.

III

Mediante resolución 16 de marzo de 2018 se requiere a la mercantil para que en el plazo de diez días acredite la aceptación del auditor nombrado, así como haber asegurado la efectividad del derecho del solicitante mediante la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, ya mediante la puesta a disposición del solicitante del informe de auditoría o por su aportación al expediente. Dicho requerimiento es atendido por escrito presentado el día 7 de abril de 2018 solicitando la inscripción del nombramiento del auditor de cuentas nombrado por la sociedad.

IV

Mediante resolución de fecha 10 de abril de 2018 el Registrador Mercantil de Murcia acuerda «suspender la tramitación del presente procedimiento hasta que sea inscrito el nombramiento de auditor voluntario o, en otro caso, durante la vigencia del meritado asiento de presentación».

V

El Registrador Mercantil de Murcia, don Bartolomé Nieto García, dictó resolución de fecha 16 de julio de 2018 por la que, al haber caducado el asiento de presentación sin provocar operación registral alguna, acordó «en consecuencia designar auditor.»

VI

Don ….. y don ….., administradores mancomunados, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 16 de julio, alegando el previo nombramiento de auditor voluntario por la mercantil, lo que acredita con la copia del acta de la junta anteriormente referida, así como con el escrito de aceptación del mismo.

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.

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 resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 28 de febrero de 2018 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar copia del acta de la Junta de 31 de julio de 2017 por el que se procede a su nombramiento, así como aceptación del mismo por escrito fechado el 31 de enero de 2018. Tal designación fue presentada en el Registro Mercantil de Murcia para su inscripción siendo calificada defectuosa y caducado el asiento de presentación debidamente prorrogado.

Por tanto la cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

3. El recurso no puede prosperar ya que si bien ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación apor-

tada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación del acuerdo, como la aceptación del mismo no se ha garantizado de manera adecuada el interés protegible por el presente expediente.

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

4. Sin embargo, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia de la presentación de la documentación en cuestión, y como resulta de los antecedentes de hecho, dicha presentación conllevó la suspensión del mismo hasta la conclusión del procedimiento registral por caducidad del asiento de presentación. Por tanto, resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger no 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, no ha sido debidamente cumplimentado (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procede por este mismo motivo la desestimación del recurso.

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 16 de julio de 2018, por la que resuelve desestimar la oposición de la sociedad y proceder al nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al no quedar debidamente garantizado el interés del socio minoritario.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Murcia.

Resolución de 19 de octubre de 2018 (1.ª)

En el expediente 138/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Benitoldo, S.L.»

HECHOS

I

Doña S.C.S. presentó un escrito de fecha 26 de marzo de 2018, 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 «Benitoldo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad no se opuso a la pretensión del socio por lo que la registradora mercantil de Alicante n.º 4, doña María Pilar Planas Roca dictó resolución de fecha 20 de abril de 2018 por la que resolvió la procedencia del nombramiento solicitado, lo que se llevó a efecto una vez firme la anterior, en fecha 29 de mayo del mismo año, dando lugar a la práctica del asiento correspondiente en la hoja de la sociedad. En la resolución de 29 de mayo se hace constar que de conformidad con la previsión del artículo 267.3 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 362 del Reglamento del Registro Mercantil se establece como criterio retributivo el último precio medio por hora publicado en el boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

III

En fecha 20 de junio de 2018 tiene entrada en el Registro Mercantil escrito de la sociedad en el que solicita información sobre la persona del auditor designado a lo que se contesta por medio de escrito de fecha 5 de julio de 2018.

IV

Don J.M.O.F., como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 23 de julio de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando lo siguiente: «Que el auditor designado que tiene el mandato de auditar el ejercicio 2017 ha reclamado a la sociedad las cuentas de ejercicios anteriores procediendo a su entrega la sociedad pese a incumplir aquél el mandato de auditar exclusivamente las del ejercicio citado. Que el auditor ha presentado una solicitud de provisión de fondos que incumple lo preceptuado por el Registro Mercantil siendo desproporcionada y abusiva. Que el Registro Mercantil de Alicante ha incumplido la previsión del artículo 362 del Reglamento del

Registro Mercantil al no fijar la retribución del auditor. Que la sociedad firmará la carta de encargo cuando se le justifique debidamente el cumplimiento de todos los requisitos legalmente establecidos. Que se solicita se deje sin efecto la designación de auditor.»

V

Resulta del expediente que el auditor designado ha emitido en fecha 31 de julio de 2018 la certificación prevista en el artículo 5 de la Ley de Auditoría y 7.3 de su reglamento del que resulta la imposibilidad de llevar a cabo el informe al no haber sido objeto de entrega por parte de la sociedad de las cuentas anuales, así como por no haber suscrito la carta de encargo de auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital; 5.2 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Solicitada por una socia la designación de auditor al amparo de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y notificada la sociedad de conformidad con lo establecido en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, la registradora mercantil resuelve la procedencia del nombramiento al no existir oposición y reunir la solicitud los requisitos legal y reglamentariamente previstos.

Con posterioridad la sociedad solicita la anulación de la designación del auditor porque este, a su juicio, incumple el mandato derivado de su nombramiento y porque no está de acuerdo con el contenido de la carta de encargo, específicamente con la propuesta de honorarios cuya fijación no ha llevado a cabo el Registro Mercantil.

Resulta del expediente que el auditor designado ha emitido la certificación prevista en el artículo 5.2.e de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas, al no haber recibido las cuentas anuales de la sociedad lo que supone, de conformidad con el artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil, el cierre del expediente.

La situación así descrita plantea, como cuestión previa, la admisibilidad del escrito de recurso habida cuenta de que la resolución de la registradora por la que resuelve la procedencia del nombramiento y contra la que cabe recurso (artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil), es de fecha 29 de mayo, siendo así que el escrito dirigido a esta Dirección General es muy posterior, de fecha 23 de julio de 2018.

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 computo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. De la aplicación de la regulación reglamentaria expuesta procedería la inadmisión del recurso por el que se solicita se deje sin efecto la designación de auditor. No obstante y dado que del expediente remitido no resulta la fecha en que se notificó fehacientemente a la sociedad la resolución de admisión de la solicitud, esta Dirección General considera que en aplicación del principio pro actione, procede la emisión de la presente.

2. Establecido lo anterior resulta con claridad que el recurso no puede prosperar. En primer lugar porque la resolución de la registradora por la que estima la solicitud de la socia y se remite, en cuanto a la fijación de honorarios, a los precios medios publicados por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, es perfectamente ajustada a derecho.

Como puso de relieve la Instrucción de 9 de febrero de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cuestiones vinculadas con el nombramiento de auditores, su inscripción en el Registro Mercantil y otras materias relacionadas: «El Ministerio de Justicia no ha dictado normas relativas a los honorarios de auditores. Por otro lado, ni en el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas (aprobado por el Real decreto legislativo 1/2011, de 1 de julio), ni en la nueva Ley 22/2015, de 20 de julio, ni en el Reglamento de desarrollo de la Ley de auditoría, aprobado por Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, ni en las Normas Técnicas de Auditoría (resultado de la adaptación de las normas internacionales de Auditoría para su aplicación en España, publicadas por Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 15 de octubre de 2013), existe previsión alguna en relación con la cuantía específica de los honorarios de los auditores de cuentas correspondientes a los trabajos de auditoría de cuentas realizados o la forma y plazos de cobro de dichos honorarios. Únicamente, en la Norma Técnica relativa al contrato o carta de encargo, se mencionan los honorarios como elemento a incluir en el contrato de auditoría. En consecuencia, en la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas no se establecen tarifas orientativas, ni se fijan criterios para su determinación, ni honorarios máximos o mínimos por la prestación de servicios profesionales. Tampoco se determina el número de horas a consumir en la realización de cualquier trabajo. Cabe indicar que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en el ejercicio de su función supervisora, elabora anualmente un informe sobre la situación de la auditoría en España, en base a la información que los auditores y sociedades de auditoría deben remitir anualmente a ese Instituto. Entre los datos que figuran en dicho informe se encuentra el de facturación media por hora, tanto a nivel general como por sociedades de auditoría y auditores indi-

viduales… Ante la ausencia de una normativa de la que pueda deducirse un criterio de actuación por parte del registrador mercantil que permita el cumplimiento de su obligación legal, siempre que por parte de un registrador mercantil deba procederse al nombramiento de un auditor de cuentas, deberá remitirse, con carácter puramente informativo, a efectos de los criterios para el cálculo de los honorarios del auditor designado, al Boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.»

La resolución de la registradora se encuentra, en consecuencia, perfectamente ajustada al contenido de la anterior Instrucción por lo que no procede estimar la solicitud de su anulación.

3. Por lo que se refiere a la queja que la sociedad plantea en relación a los honorarios reclamados, es preciso traer a colación el artículo 342.1 del Reglamento del Registro Mercantil que afirma lo siguiente: «En cualquier momento, antes de la elaboración del informe, los interesados podrán recusar al experto por concurrir causa legítima, comunicándolo al Registrador, quien a su vez lo notificará al experto, por cualquier medio que permita dejar constancia de la fecha en que se recibe la notificación.»

De la simple lectura del precepto resulta con meridiana claridad que no cabe recusación del experto designado (o del auditor por remisión de los artículos 357 y 364 del propio reglamento), sin que se aprecie la concurrencia de justa causa.

Por su parte el artículo 341 del propio reglamento se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil para la determinación de las causas de incompatibilidad y de abstención del designado y por inferencia lógica inmediata, de recusación *(vide* artículos 217 y 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio del Poder Judicial).

El artículo 124.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone lo siguiente: «Además de las causas de recusación previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, son causas de recusación de los peritos: 1.ª Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso. 2.ª Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo. 3.ª Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso.»

Por su parte el artículo 125 de la propia Ley exige que la causa de recusación sea objeto de la pertinente prueba mediante la aportación de los medios que la acrediten.

En definitiva, la apreciación de causa de recusación por parte del registrador mercantil en el ámbito del procedimiento de designación previsto en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil exige no sólo que la causa de recusación sea una de las contempladas en las normas a que se remite (Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley Orgánica del Poder Judicial por remisión de la anterior), sino que la misma sea acreditada a satisfacción del registrador y, en alzada, de esta Dirección General. De otro modo quedaría al arbitrio de parte no sólo la determinación de la causa de recusación sino también su concurrencia. Y todo ello sin perjuicio del sistema de recursos previsto en el ordenamiento contra las resoluciones de esta Dirección General.

Como profesión altamente regulada, la de auditor viene sujeta tanto al cumplimiento de las Normas Técnicas de Auditoría emanadas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas como a las normas generales sobre actuación profesional. De este modo la sociedad a quien se hace una propuesta de honorarios tiene perfecto derecho a discutir la aplicación de aquellas y el cumplimiento de estas y a acudir al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas para que, en cumplimiento de sus facultades de supervisión (artículo 46.2.b en relación a los artículos 48 y 49 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de cuentas), adopte las medidas que estime oportunas sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles contempladas en el artículo 26 de la propia Ley; en ambos casos mediante la aportación del conjunto de pruebas en que base su solicitud o acción.

De los hechos expuestos resulta que la sociedad que ejerce la solicitud de anulación de designación de auditor se limita a afirmar la existencia de diferencias para la determinación de los honorarios del auditor designado sin aportar dato alguno que fundamente su solicitud.

Como se ha justificado por extenso, la mera afirmación de parte no supone acreditación alguna de concurrencia de causa de recusación por lo que procede la desestimación del recurso.

4. Por último y en franca contradicción con las afirmaciones de la sociedad, el auditor designado ha emitido la certificación prevista en el artículo 5.2.e de la Ley de auditoría por imposibilidad absoluta de llevar a cabo los trabajos encomendados, derivado de la falta de aportación por parte de la sociedad de las cuentas a auditar. Ante tal situación y dado que la previsión reglamentaria es la de cierre del expediente (artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil), será con posterioridad cuando se ponga de relieve las consecuencias que de la misma se derivan (artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Alicante n.º 4, doña María Pilar Planas Roca de fecha 20 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 octubre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora de Alicante.

Resolución de 19 de octubre de 2018 (2.ª)

En el expediente 121/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Desguace San José, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 15 de marzo de 2018, 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 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 «Desguace San José, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que con fecha 27 de diciembre de 2017 se firmó un contrato de auditoría con la firma Servicios Empresariales Arquímedes S.L. para la realización de la auditoría correspondiente a las cuentas de dicho ejercicio. Que dicha sociedad es la misma que auditó las cuentas correspondientes al ejercicio 2016. Que el socio que lleva a cabo la solicitud, que es conforme a derecho, conoce lo anterior, así como debe conocer la innecesariedad de llevar a cabo otra auditoría. Que de conformidad con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado no procede la designación de auditor si existe previo nombramiento voluntario, lo que resulta de la documentación que se acompaña y se asegura al socio que su pretensión de que se lleve a cabo la auditoría se vea satisfecha, lo que garantiza la sociedad. Se acompaña documentación relativa a la contratación de la sociedad de auditoría para los ejercicios 2016 y 2017 así como certificación de esta última de fecha 19 de abril de 2018 de la que resulta que los trabajos de auditoría correspondientes al ejercicio 2017 se encuentran en avanzado estado de realización.

Previo traslado que hizo del escrito de oposición a la parte solicitante esta se reafirmó en su solicitud alegando: Que no es cierto que haya existido nombramiento de auditor para los ejercicios 2016 y 2017. Que no consta su inscripción ni su depósito (el de 2016) en el Registro Mercantil por lo que no se cumplen los requisitos exigidos por la Dirección General de los Registros y del Notariado para enervar la solicitud de socio minoritario. Que tampoco existe fecha fehaciente de acuerdo con el artículo 1227 del Código Civil ni prueba alguna de que se haya entregado informe de auditoría al socio solicitante. Que la sociedad Servicios Empresariales Arquímedes S.L. ha estado realizando servicios de asesoría para la sociedad y el propio solicitante, pero no servicios de auditoría. Que la sociedad no aporta los certificados de Junta de los que resulte el nombramiento por parte de esta. Que la sociedad Servicios Empresariales Arquímedes S.L. resulta incompatible, de conformidad con el artículo 16.b.2.º de la Ley de Auditoría al haber prestado servicios de asesoría a la sociedad.

III

El registrador mercantil de Sevilla n.º 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 29 de mayo de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña ….., en representación de la sociedad, por escrito que tuvo entrada el 20 de junio en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que no es cierto, como resulta de la resolución del registrador, que no resulte garantizada la pretensión del socio de obtener la auditoría de las cuentas anuales. Que el socio conoce perfectamente la relación con la sociedad de auditoría como resulta de los certificados de junta extraordinaria de fechas 23 de julio y 29 de diciembre de 2015 de los que resulta que se había llevado a cabo el nombramiento de auditor para los ejercicios 2013, 2014 y 2015. Que la sociedad lleva a cabo la auditoría de sus cuentas pese a no estar obligada precisamente por las contradicciones contables que se arrastran desde que el solicitante ejercía el cargo de administrador. Que no es sostenible que afirme ignorar que la sociedad ha venido contratando periódicamente a la sociedad de auditoría. 2.º Que continuando con esta práctica la sociedad llevó a cabo la contratación para los ejercicios 2016 y 2017, habiéndose llevado a cabo la auditoría del ejercicio 2016 y estando muy avanzada la del ejercicio 2017. 3.º Que es incierto que la sociedad de auditoría haya llevado cabo labores de asesoría para la sociedad, labores que fueron realizadas por un letrado contratado al efecto. 4.º Que la designación de otro auditor constituiría un perjuicio para la sociedad por lo que se solicita, en aplicación del artículo 266 de la Ley de Sociedades de Capital, que se designe a la misma sociedad de auditoría. Que la sociedad procederá a la inscripción en cuanto se pronuncie la Dirección General de los Registros y del Notariado.

A la luz del contenido del escrito de recurso esta Dirección General ofició a la sociedad mediante correo certificado con acuse de recibo de fecha 27 de agosto de 2018 a fin de que aportara al expediente el informe de verificación cuya finalización se afirmaba inminente. De nuevo se remitió ofició con fecha de acuse de recibo 4 de octubre de 2018 en idénticos términos sin que hasta la fecha se haya recibido contestación alguna de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 supuesto de este expediente la sociedad ha justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud del socio, pero no ha acreditado en modo alguno que se haya adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado.

Esta Dirección General, ante las afirmaciones de la sociedad realizadas en su escrito de recurso de fecha 20 de junio de 2018, de que tenía designado auditor y de que el informe de auditoría se encontraba en avanzado estado de realización le ofició hasta en dos ocasiones de conformidad con el artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas a fin de que lo aportara al expediente sin que así lo haya hecho la sociedad requerida.

Es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación por lo que su contabilidad no tiene porqué revestir una especial complejidad *(vide* 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 (artículos 154 y 192 en relación al 141 del Reglamento del Registro Mercantil); c) que de conformidad con el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital el plazo ordinario para la elaboración del informe de verificación es el de un mes desde que se haya puesto a disposición del auditor la documentación oportuna; d) que al tiempo de emitir esta resolución han transcurrido más de seis meses desde el cierre del ejercicio social, 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 (artículo 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).

En definitiva, 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 (artículo 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 produzca el mismo efecto jurídico.

No habiendo la sociedad acreditado en el expediente en modo alguno que haya tomado la acción necesaria para garantizar el interés del socio minoritario no procede sino la desestimación del recurso a fin de que por parte del registrador mercantil se proceda a la oportuna designación de auditor de conformidad con la previsión 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, Juan Ignacio Madrid Alonso, de fecha 29 de mayo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 octubre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 19 de octubre de 2018 (3.ª)

En el expediente 138/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Benitoldo, S.L.»

HECHOS

I

Doña S.C.S. presentó un escrito de fecha 26 de marzo de 2018, 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 «Benitoldo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad no se opuso a la pretensión del socio por lo que la registradora mercantil de Alicante n.º 4, doña María Pilar Planas Roca dictó resolución de fecha 20 de abril de 2018 por la que resolvió la procedencia del nombramiento solicitado, lo que se llevó a efecto una vez firme la anterior, en fecha 29 de mayo del mismo año, dando lugar a la práctica del asiento correspondiente en la hoja de la sociedad. En la resolución de 29 de mayo se hace constar que de conformidad con la previsión del artículo 267.3 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 362 del Reglamento del Registro Mercantil se establece como criterio retributivo el último precio medio por hora publicado en el boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

III

En fecha 20 de junio de 2018 tiene entrada en el Registro Mercantil escrito de la sociedad en el que solicita información sobre la persona del auditor designado a lo que se contesta por medio de escrito de fecha 5 de julio de 2018.

IV

Don J.M.O.F., como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 23 de julio de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando lo siguiente: «Que el auditor designado que tiene el mandato de auditar el ejercicio 2017 ha reclamado a la sociedad las cuentas de ejercicios anteriores procediendo a su entrega la sociedad pese a incumplir aquél el mandato de auditar exclusivamente las del ejercicio citado. Que el auditor ha presentado una solicitud de provisión de fondos que incumple lo preceptuado por el Registro Mercantil siendo desproporcionada y abusiva. Que el Registro Mercantil de Alicante ha incumplido la previsión del artículo 362 del Reglamento del

Registro Mercantil al no fijar la retribución del auditor. Que la sociedad firmará la carta de encargo cuando se le justifique debidamente el cumplimiento de todos los requisitos legalmente establecidos. Que se solicita se deje sin efecto la designación de auditor.»

V

Resulta del expediente que el auditor designado ha emitido en fecha 31 de julio de 2018 la certificación prevista en el artículo 5 de la Ley de Auditoría y 7.3 de su reglamento del que resulta la imposibilidad de llevar a cabo el informe al no haber sido objeto de entrega por parte de la sociedad de las cuentas anuales, así como por no haber suscrito la carta de encargo de auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital; 5.2 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Solicitada por una socia la designación de auditor al amparo de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y notificada la sociedad de conformidad con lo establecido en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, la registradora mercantil resuelve la procedencia del nombramiento al no existir oposición y reunir la solicitud los requisitos legal y reglamentariamente previstos.

Con posterioridad la sociedad solicita la anulación de la designación del auditor porque este, a su juicio, incumple el mandato derivado de su nombramiento y porque no está de acuerdo con el contenido de la carta de encargo, específicamente con la propuesta de honorarios cuya fijación no ha llevado a cabo el Registro Mercantil.

Resulta del expediente que el auditor designado ha emitido la certificación prevista en el artículo 5.2.e de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas, al no haber recibido las cuentas anuales de la sociedad lo que supone, de conformidad con el artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil, el cierre del expediente.

La situación así descrita plantea, como cuestión previa, la admisibilidad del escrito de recurso habida cuenta de que la resolución de la registradora por la que resuelve la procedencia del nombramiento y contra la que cabe recurso (artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil), es de fecha 29 de mayo, siendo así que el escrito dirigido a esta Dirección General es muy posterior, de fecha 23 de julio de 2018.

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 computo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. De la aplicación de la regulación reglamentaria expuesta procedería la inadmisión del recurso por el que se solicita se deje sin efecto la designación de auditor. No obstante, y dado que del expediente remitido no resulta la fecha en que se notificó fehacientemente a la sociedad la resolución de admisión de la solicitud, esta Dirección General considera que en aplicación del principio pro actione, procede la emisión de la presente.

2. Establecido lo anterior resulta con claridad que el recurso no puede prosperar. En primer lugar, porque la resolución de la registradora por la que estima la solicitud de la socia y se remite, en cuanto a la fijación de honorarios, a los precios medios publicados por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, es perfectamente ajustada a derecho.

Como puso de relieve la Instrucción de 9 de febrero de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cuestiones vinculadas con el nombramiento de auditores, su inscripción en el Registro Mercantil y otras materias relacionadas: «El Ministerio de Justicia no ha dictado normas relativas a los honorarios de auditores. Por otro lado, ni en el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas (aprobado por el Real decreto legislativo 1/2011, de 1 de julio), ni en la nueva Ley 22/2015, de 20 de julio, ni en el Reglamento de desarrollo de la Ley de auditoría, aprobado por Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, ni en las Normas Técnicas de Auditoría (resultado de la adaptación de las normas internacionales de Auditoría para su aplicación en España, publicadas por Resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 15 de octubre de 2013), existe previsión alguna en relación con la cuantía específica de los honorarios de los auditores de cuentas correspondientes a los trabajos de auditoría de cuentas realizados o la forma y plazos de cobro de dichos honorarios. Únicamente, en la Norma Técnica relativa al contrato o carta de encargo, se mencionan los honorarios como elemento a incluir en el contrato de auditoría. En consecuencia, en la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas no se establecen tarifas orientativas, ni se fijan criterios para su determinación, ni honorarios máximos o mínimos por la prestación de servicios profesionales. Tampoco se determina el número de horas a consumir en la realización de cualquier trabajo. Cabe indicar que el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en el ejercicio de su función supervisora, elabora anualmente un informe sobre la situación de la auditoría en España, en base a la información que los auditores y sociedades de auditoría deben remitir anualmente a ese Instituto. Entre los datos que figuran en dicho informe se encuentra el de facturación media por hora, tanto a nivel general como por sociedades de auditoría y auditores indi-

viduales… Ante la ausencia de una normativa de la que pueda deducirse un criterio de actuación por parte del registrador mercantil que permita el cumplimiento de su obligación legal, siempre que por parte de un registrador mercantil deba procederse al nombramiento de un auditor de cuentas, deberá remitirse, con carácter puramente informativo, a efectos de los criterios para el cálculo de los honorarios del auditor designado, al Boletín del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.»

La resolución de la registradora se encuentra, en consecuencia, perfectamente ajustada al contenido de la anterior Instrucción por lo que no procede estimar la solicitud de su anulación.

3. Por lo que se refiere a la queja que la sociedad plantea en relación a los honorarios reclamados, es preciso traer a colación el artículo 342.1 del Reglamento del Registro Mercantil que afirma lo siguiente: «En cualquier momento, antes de la elaboración del informe, los interesados podrán recusar al experto por concurrir causa legítima, comunicándolo al Registrador, quien a su vez lo notificará al experto, por cualquier medio que permita dejar constancia de la fecha en que se recibe la notificación.»

De la simple lectura del precepto resulta con meridiana claridad que no cabe recusación del experto designado (o del auditor por remisión de los artículos 357 y 364 del propio reglamento), sin que se aprecie la concurrencia de justa causa.

Por su parte el artículo 341 del propio reglamento se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil para la determinación de las causas de incompatibilidad y de abstención del designado y por inferencia lógica inmediata, de recusación *(vide* artículos 217 y 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio del Poder Judicial).

El artículo 124.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone lo siguiente: «Además de las causas de recusación previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, son causas de recusación de los peritos: 1.ª Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso. 2.ª Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo. 3.ª Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso.»

Por su parte el artículo 125 de la propia Ley exige que la causa de recusación sea objeto de la pertinente prueba mediante la aportación de los medios que la acrediten.

En definitiva, la apreciación de causa de recusación por parte del registrador mercantil en el ámbito del procedimiento de designación previsto en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil exige no sólo que la causa de recusación sea una de las contempladas en las normas a que se remite (Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley Orgánica del Poder Judicial por remisión de la anterior), sino que la misma sea acreditada a satisfacción del registrador y, en alzada, de esta Dirección General. De otro modo quedaría al arbitrio de parte no sólo la determinación de la causa de recusación sino también su concurrencia. Y todo ello sin perjuicio del sistema de recursos previsto en el ordenamiento contra las resoluciones de esta Dirección General.

Como profesión altamente regulada, la de auditor viene sujeta tanto al cumplimiento de las Normas Técnicas de Auditoría emanadas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas como a las normas generales sobre actuación profesional. De este modo la sociedad a quien se hace una propuesta de honorarios tiene perfecto derecho a discutir la aplicación de aquellas y el cumplimiento de estas y a acudir al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas para que, en cumplimiento de sus facultades de supervisión (artículo 46.2.b en relación a los artículos 48 y 49 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de cuentas), adopte las medidas que estime oportunas sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles contempladas en el artículo 26 de la propia Ley; en ambos casos mediante la aportación del conjunto de pruebas en que base su solicitud o acción.

De los hechos expuestos resulta que la sociedad que ejerce la solicitud de anulación de designación de auditor se limita a afirmar la existencia de diferencias para la determinación de los honorarios del auditor designado sin aportar dato alguno que fundamente su solicitud.

Como se ha justificado por extenso, la mera afirmación de parte no supone acreditación alguna de concurrencia de causa de recusación por lo que procede la desestimación del recurso.

4. Por último y en franca contradicción con las afirmaciones de la sociedad, el auditor designado ha emitido la certificación prevista en el artículo 5.2.e de la Ley de auditoría por imposibilidad absoluta de llevar a cabo los trabajos encomendados, derivado de la falta de aportación por parte de la sociedad de las cuentas a auditar. Ante tal situación y dado que la previsión reglamentaria es la de cierre del expediente (artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil), será con posterioridad cuando se ponga de relieve las consecuencias que de la misma se derivan (artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Alicante n.º 4, doña María Pilar Planas Roca de fecha 20 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 octubre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora de Alicante.

Resolución de 19 de octubre de 2018 (4.ª)

En el expediente 143/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Nutri-Salud S.L.»

HECHOS

I

Doña P.M.L.M. presentó un escrito de fecha 7 de febrero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, 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 «Nutri-Salud S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Resulta del expediente que el Registro Mercantil de Málaga practicó una primera notificación a la sociedad en el domicilio Avenida Jesús Santos Rein s/n, parque Rosario, Fuengirola que, conforme al certificado de correos, resultó infructuosa el día 5 de marzo de 2018 resultando marcada la casilla correspondiente a «desconocido», siendo reiterada con idéntico resultado el día 19 de marzo de 2018. Idéntico resultado provocó en fecha 5 de marzo de 2018 la dirigida a la dirección calle San Pedro, Edificio Oikos, Fuengirola, que reiterada produjo idéntico resultado en fecha 19 de marzo del mismo año. Finalmente consta en el expediente la publicación en el Boletín Oficial del Estado de fecha 24 de abril de 2018 la resolución de la registradora de fecha 18 de abril del mismo año de notificación a la sociedad al haber sido infructuosa por dos veces la notificación realizada en el domicilio social inscrito.

III

Por medio de escrito de fecha 13 de junio de 2018 que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Málaga el día 27 inmediato posterior, don A.L.R. presenta escrito de oposición en el que hace constar que a juicio de la sociedad la solicitante se encuentra inhabilitada pues durante el tiempo en que fue administradora provisional de la sociedad se produjeron numerosas irregularidades en la contabilidad y gestión de la sociedad cuya rendición de cuentas no ha sido aprobada por el juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Fuengirola (acompaña documentación al respecto). Que la notificación edictal produce indefensión toda vez que la administración debiera haber localizado su domicilio y ser notificado cuestión que no puede darse por efectuada. Que existe indefensión de acuerdo a la doctrina del Tribunal Constitucional por lo que se solicita la anulación de la notificación practicada.

El registrador accidental de Málaga n.º 1, don Gonzalo Diéguez Oliva dictó resolución en fecha 29 de junio de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición por extemporánea y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don A.L.R., por escrito de fecha 30 de julio de 2018, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Málaga, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, afirmando además que se desconoce si el servicio de correos realizó los dos intentos de notificación pero que en cualquier caso se realizaron habiendo transcurrido más de los tres días indicados en su artículo 59 de la Ley 30/1992. Que se pone en duda la práctica de las notificaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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. Instado por una socia de sociedad limitada la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y resuelta favorablemente por parte de la registradora mercantil, la sociedad recurre ante esta Dirección en base a dos motivos: por un lado, que la socia instante debe considerarse inhabilitada para realizar la solicitud pues habiendo sido en su día designada como administradora judicial, el juzgado no ha aprobado su administración. Por otro lado, la sociedad cuestiona el modo en que se han llevado a cabo las notificaciones y alega indefensión.

2. Por lo que se refiere a la primera cuestión, la sociedad no cuestiona que la socia instante reúne los requisitos establecidos en el artículo 265.2 sino que trata de invalidar su solicitud en función de otro motivo, como es el derivado del ejercicio de una administración anterior.

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 (artículo 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 definitiva, la representación de la sociedad no cuestiona que la solicitante es socia 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. Procede la desestimación del motivo de recurso.

3. Por lo que se refiere a la alegación que de indefensión hace el escrito de recurso, 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…»

Al respecto, es doctrina reiterada de esta Dirección General que el Reglamento del Registro Mercantil establece la obligación de notificar la solicitud del socio minoritario a la sociedad a auditar en el lugar o domicilio que haya indicado el solicitante (art. 351.1. 2.º). Cuando no coincida con el domicilio social inscrito el registrador debe actuar con la máxima prudencia pues entre sus obligaciones está la de asegurarse que el traslado de la solicitud se haga de modo que quede constancia de su entrega (artículo 354.1.2 del mismo reglamento). El registrador, en cuanto autoridad señalada por el ordenamiento para llevar a cabo la designación de auditor, ha de evaluar en cada caso concreto si el domicilio señalado por la instancia es idóneo para asegurar la efectividad de la recepción, circunstancia que no siempre será sencilla a falta de datos que permitan tener dicho domicilio por tal en contra del pronunciamiento registral sobre cuál es el centro de imputación jurídica de la sociedad (artículos 40 y 41 del Código Civil). En caso de duda debe acudirse a una doble notificación, evitándose así en todo caso que quede al arbitrio de una de las partes, el del solicitante de la auditoría, el cumplimiento eficaz de la notificación y como consecuencia el ejercicio del derecho de oposición de la sociedad *(vide* artículos 9 y 10 de la Ley de Sociedades de Capital).

Ahora bien, aún si las notificaciones hubieran adolecido de defecto, si el interesado a pesar de la existencia de un defecto formal ejercita su derecho o no lo hace teniendo la oportunidad de hacerlo, no puede alegar conculcación de su posición jurídica.

Esta doctrina es plenamente congruente con la muy asentada en la materia por nuestro Tribunal Constitucional que en su sentencia de 28 de enero de 2013 (entre muchas otras), 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 del expediente que da lugar a la presente, el registro mercantil ha notificado en el domicilio social, así como en lugar distinto sin resultado de entrega pese a lo que la sociedad ha ejercido sus derechos de oposición y de recurso, sin que sea preciso, como se verá, entrar en la cuestión de la extemporaneidad del escrito de oposición.

Debe sostenerse la decisión del registrador quien llevó a cabo notificación en el domicilio social que consta en el Registro Mercantil amparado bajo la presunción de existencia y validez que consagra el artículo 20 del Código de Comercio, así como dos notificaciones adicionales en otro domicilio, y finalmente en el Boletín Oficial del Estado (artículos 41, 42 y 44 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). La actuación no merece en definitivo reproche alguno como demuestra el hecho de que la sociedad haya ejercitado oportunamente los derechos que el ordenamiento le reconoce. Es más, aún si las notificaciones hubieran adolecido de defecto, como reclama la sociedad, si el interesado a pesar de la existencia de un defecto formal ejercita su derecho o no lo hace teniendo la oportunidad de hacerlo, no puede alegar conculcación de su posición jurídica.

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 y ha presentado dos escritos ante el Registro Mercantil de Málaga (oposición y recurso). 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, de existir, resulta constitucionalmente irrelevante sino impide la debida tutela del interesado al tener conocimiento extraprocesal del contenido de la comunicación y por tanto expedito el ejercicio de los derechos legalmente reconocidos (Sentencia de 13 de noviembre de 2000). Procede la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador accidental de Málaga n.º 1, don Gonzalo Diéguez Oliva de fecha 29 de junio de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 octubre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Málaga.

Resolución de 19 de octubre de 2018 (5.ª)

En el expediente 148/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de socios de «Fuenca, S.L.»

HECHOS

I

Doña R.M.F.C., doña A.M.F.C. y doña M.F.C. presentaron un escrito de fecha 18 de junio de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, 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 socias de «Fuenca, 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 en fecha 9 de mayo de 2018 se celebró la junta general de la sociedad que contó con la presencia del notario de Madrid don Ignacio Manrique Plaza autorizante del acta de junta de la misma fecha. Que tal y como resulta del acta la junta se constituyó con la presencia de doce de los trece socios de la sociedad, incluidas las solicitantes que comparecieron personalmente con excepción de doña M.F.C. que lo hizo debidamente representada. Que en desarrollo del orden día, la propuesta del punto segundo relativa a la aplicación del resultado consistía en destinar el resultado neto positivo de sesenta mil ocho euros con treinta y tres céntimo (68.008,33€), de la forma siguiente: cuarenta y dos mil cinco euros con ochenta y tres céntimos (42.005,83€), a reserva voluntaria y dieciocho mil dos euros con cincuenta céntimos (18.002,5€), a dividendos. Consta en el acta que el representante de doña M.F.C. manifestó su conformidad con el reparto de dividendos de todo el beneficio obtenido, propuesta a la que se adhirieron doña A.M y doña R.F.C. Consta finalmente que la propuesta de aplicación del resultado fue aprobada por la mayoría con el voto en contra de las hoy solicitantes que se reservan acciones legales.

b) Por medio de requerimiento notarial resultante del acta autorizada por el notario de Madrid don Antonio Pérez Coca Crespo de fecha 28 de mayo de 2018, las hoy solicitantes notificaron a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, lo que fue cumplimentado por el notario mediante diligencia de fecha 29 de mayo del mismo año.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la junta acordó el reparto de un 30% del resultado positivo obtenido por la sociedad. Que por error se fijó dicho porcentaje y no el tercio a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que la diferencia asciende a dos mil euros con veintiocho céntimos lo que representa para cada solicitante, dada su participación, una cantidad de 50 euros y un céntimo, cantidad insignificante que desmonta la afirmación de que la mayoría niega los derechos de la minoría. 2.º Que es incompatible con la buena fe que las solicitantes callaran en el desarrollo de la junta sobre su intención de ejercitar el derecho de separación y ahora se presenten como víctimas de una privación sistemática de su derecho al dividendo. Que las socias plantearon la propuesta de que todo el beneficio se destinase a dividendo sabedoras de que dicha propuesta seria rechazada al no poder llevarse a cabo sin asumir riesgos la sociedad y callando sobre su intención todo lo cual acredita que su voluntad era precisamente que la sociedad no atendiera a su solicitud. Que durante los ejercicios 2013 a 2015 las hoy solicitantes votaron a favor de la propuesta de destinar el beneficio a reserva y que durante el ejercicio 2016 de que se destinase a dividendo el 30%, mismo porcentaje que en el ejercicio 2017, todo lo cual demuestra que es rotundamente falso que exista una actuación abusiva de la mayoría. Que la designación de experto implicaría una clara violación del artículo 7 del Código Civil; que el artículo 3 impone la interpretación de la norma de acuerdo a su espíritu y finalidad que es la que se puso de manifiesto en los debates parlamentarios y que trata de evitar la vulneración del derecho al dividendo de los socios. Que en definitiva, este derecho no es absoluto, sino que está condicionado por la necesidad de continuar la empresa por lo que carece de sentido que la falta de reparto de una cantidad ínfima genere los graves riesgos que de su aplicación resultarían.

III

El registrador mercantil de Madrid n.º 5, don Javier Navarro González dictó resolución en fecha 11 de julio de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver 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

Doña J.L.F.Z. y don V.J.C.L., como administradores mancomunados, por escrito de fecha 9 de julio 2018 (sic), que tuvo entrada el día 9 de agosto de 2018 en el Registro Mercantil de Madrid, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en el que tras reiterar los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, insisten en que la resolución del registrador no lleva a cabo una interpretación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital acorde con su finalidad y espíritu lo que los registradores deben llevar a cabo en ejercicio de su competencia sin que deban limitarse a un análisis superficial (con cita de sentencias). Que la Dirección General de los Registros y del Notariado tiene la obligación de evitar el abuso de derecho.

Las solicitantes por su parte presentan escrito de alegaciones de fecha 7 de septiembre de 2018 en el que reiteran su solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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. Instado por socias de una sociedad limitada del registrador mercantil la designación de experto independiente como consecuencia del ejercicio del derecho de separación a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador estima la solicitud y desestima la oposición de la sociedad quien recurre en alzada ante esta Dirección General.

2. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los distintos motivos alegados por la sociedad puede enervar la circunstancia de que concurren el conjunto de requisitos que determinan la posibilidad de designación de experto a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

La propia sociedad reconoce en sus dos escritos que la propuesta de aplicación del resultado no alcanzaba la cifra mínima establecida en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Como esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones *(vide* resoluciones en materia de auditores de fechas 15 de julio y 19 de octubre de 2015, entre otras muchas), el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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 esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 23 de octubre de 2017 y 26 de enero, 7, 12 y22 de febrero y 13 de marzo de 2018).

3. La sociedad no puede imputar al registrador mercantil ni a esta Dirección en alzada las consecuencias de un error que reconoce haber cometido.

Tampoco, y como queda expuesto, procede que esta Dirección se pronuncie sobre la conducta de las socias deduciendo de ella las consecuencias jurídicas que la sociedad pretende.

Este Centro Directivo no puede valorar la conducta de las solicitantes como pretende la sociedad recurrente al limitarse el objeto de este expediente a determinar si concurren o no los requisitos para el ejercicio del derecho de separación.

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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales.

4. Por los mismos motivos esta Dirección General no puede llevar a cabo una interpretación del contenido del artículo 348 bis que sea conforme con los intereses de la sociedad y que pueda deducirse de las actuaciones llevadas a cabo en el pasado por la propia sociedad y sus socios o por las consecuencias que puedan producirse de futuro. Ninguna de dichas circunstancias empaña el hecho incontrovertido que el derecho de separación de las socias se ha llevado a cabo de acuerdo al tenor del precepto. Ni la actuación anterior de estas, ni de la sociedad, ni las eventuales consecuencias que pudieran derivarse del mismo constituyen el objeto de este expediente.

Como resulta de los artículos 363.1 y 351.2 del Reglamento del Registro Mercantil deben aportarse, como base del procedimiento de designación de experto independiente, los documentos que justifiquen su pertinencia. La sociedad por su parte solo puede enervar la designación, aportando al expediente los documentos que acrediten que no procede (artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil). Quedan en consecuencia fuera del procedimiento cualesquiera otras afirmaciones de parte que tengan por objeto desvirtuar el hecho de que de la documentación presentada resulte el conjunto de requisitos legalmente exigidos para que se declare la procedencia de la designación del experto. Las alegaciones que al respecto puedan llevarse han de ser llevadas a cabo ante la autoridad jurisdiccional competente sin que tengan relevancia en el estrecho ámbito de este expediente limitado tanto por su objeto como por sus medios de prueba.

En definitiva, si la sociedad considera que de las circunstancias que estima relevantes o de la conducta de las partes existen motivos suficientes para que por la autoridad judicial se modere o alteren las consecuencias que de la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital puedan derivarse debe hacerlo en el procedimiento judicial que corresponda. Lo que no puede pretender es que esta Dirección desvirtúe el contenido de este procedimiento más allá de lo que constituye su objeto y finalidad.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 5, don Javier Navarro González de fecha 11 de julio de 2018.

Lo 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, 19 de octubre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 22 de octubre de 2018

En el expediente 142/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Oikos Products International S.A.»

HECHOS

I

Doña P.M.L.M. presentó un escrito de fecha 7 de febrero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, 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 «Oikos Products International S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Resulta del expediente que el Registro Mercantil de Málaga practicó una primera notificación a la sociedad en el domicilio Avenida Juan López Peñalver s/n, Parque tecnológico de Andalucía, Málaga, que, conforme al certificado de correos, resultó infructuosa el día 16 de febrero de 2018 resultando marcada la casilla correspondiente a «desconocido». Idéntico resultado provocó en fecha 5 de marzo de 2018 la dirigida a la dirección calle San Pedro, Edificio Oikos, Fuengirola, que reiterada produjo idéntico resultado en fecha 19 de marzo del mismo año. Finalmente consta en el expediente la publicación en el Boletín Oficial del Estado de fecha 24 de abril de 2018 la resolución de la registradora de fecha 17 de abril del mismo año.

III

Por medio de escrito de fecha 13 de junio de 2018 que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Málaga el día 27 inmediato posterior, don A.L.R. presenta escrito de oposición en el que hace constar que a juicio de la sociedad la solicitante se encuentra inhabilitada pues durante el tiempo en que fue administradora provisional de la sociedad se produjeron numerosas irregularidades en la contabilidad y gestión de la sociedad cuya rendición de cuentas no ha sido aprobada por el juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Fuengirola (acompaña documentación al respecto). Que la notificación edictal produce indefensión toda vez que la administración debiera haber localizado su domicilio y ser notificado cuestión que no puede darse por efectuada. Que existe indefensión de acuerdo a la doctrina del Tribunal Constitucional por lo que se solicita la anulación de la notificación practicada.

La registradora mercantil de Málaga n.º 1, doña María Dolores Fernández-Pacheco Fernández dictó resolución en fecha 3 de julio de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición por extemporánea y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don A.L.R., por escrito de fecha 30 de julio de 2018, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Málaga, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, afirmando además que se desconoce si el servicio de correos realizó los dos intentos de notificación pero que en cualquier caso se realizaron habiendo transcurrido más de los tres días indicados en su artículo 59 de la Ley 30/1992. Que se pone en duda la práctica de las notificaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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. Instado por una socia de sociedad anónima la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y resuelta favorablemente por parte de la registradora mercantil, la sociedad recurre ante esta Dirección en base a dos motivos: por un lado, que la socia instante debe considerarse inhabilitada para realizar la solicitud pues habiendo sido en su día designada como administradora judicial, el juzgado no ha aprobado su administración. Por otro lado, la sociedad cuestiona el modo en que se han llevado a cabo las notificaciones y alega indefensión.

2. Por lo que se refiere a la primera cuestión, la sociedad no cuestiona que la socia instante reúne los requisitos establecidos en el artículo 265.2 sino que trata de invalidar su solicitud en función de otro motivo, como es el derivado del ejercicio de una administración anterior.

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 (artículo 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 definitiva, la representación de la sociedad no cuestiona que la solicitante es socia 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. Procede la desestimación del motivo de recurso.

3. Por lo que se refiere a la alegación que de indefensión hace el escrito de recurso, 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…»

Al respecto, es doctrina reiterada de esta Dirección General que el Reglamento del Registro Mercantil establece la obligación de notificar la solicitud del socio minoritario a la sociedad a auditar en el lugar o domicilio que haya indicado el solicitante (art. 351.1. 2.º). Cuando no coincida con el domicilio social inscrito el registrador debe actuar con la máxima prudencia pues entre sus obligaciones está la de asegurarse que el traslado de la solicitud se haga de modo que quede constancia de su entrega (artículo 354.1.2 del mismo reglamento). El registrador, en cuanto autoridad señalada por el ordenamiento para llevar a cabo la designación de auditor, ha de evaluar en cada caso concreto si el domicilio señalado por la instancia es idóneo para asegurar la efectividad de la recepción, circunstancia que no siempre será sencilla a falta de datos que permitan tener dicho domicilio por tal en contra del pronunciamiento registral sobre cuál es el centro de imputación jurídica de la sociedad (artículos 40 y 41 del Código Civil). En caso de duda debe acudirse a una doble notificación, evitándose así en todo caso que quede al arbitrio de una de las partes, el del solicitante de la auditoría, el cumplimiento eficaz de la notificación y como consecuencia el ejercicio del derecho de oposición de la sociedad *(vide* artículos 9 y 10 de la Ley de Sociedades de Capital).

Ahora bien, aún si las notificaciones hubieran adolecido de defecto, si el interesado a pesar de la existencia de un defecto formal ejercita su derecho o

no lo hace teniendo la oportunidad de hacerlo, no puede alegar conculcación de su posición jurídica.

Esta doctrina es plenamente congruente con la muy asentada en la materia por nuestro Tribunal Constitucional que en su sentencia de 28 de enero de 2013 (entre muchas otras), 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 del expediente que da lugar a la presente, la registradora mercantil ha notificado en el domicilio social, así como en lugar distinto sin resultado de entrega pese a lo que la sociedad ha ejercido sus derechos de oposición y de recurso, sin que sea preciso, como se verá, entrar en la cuestión de la extemporaneidad del escrito de oposición.

Debe sostenerse la decisión de la registradora quien llevó a cabo notificación en el domicilio social que consta en el Registro Mercantil amparada bajo la presunción de existencia y validez que consagra el artículo 20 del Código de Comercio, así como dos notificaciones adicionales en otro domicilio, y finalmente en el Boletín Oficial del Estado (artículos 41, 42 y 44 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). La actuación no merece en definitiva reproche alguno como demuestra el hecho de que la sociedad haya ejercitado oportunamente los derechos que el ordenamiento le reconoce. Es más, aún si las notificaciones hubieran adolecido de defecto, como reclama la sociedad, si el interesado a pesar de la existencia de un defecto formal ejercita su derecho o no lo hace teniendo la oportunidad de hacerlo, no puede alegar conculcación de su posición jurídica.

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 y ha presentado dos escritos ante el Registro Mercantil de Málaga. 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, de existir, resulta constitucionalmente irrelevante sino impide la debida tutela del interesado al tener conocimiento extraprocesal del contenido de la comunicación y por tanto expedito el ejercicio de los derechos legalmente reconocidos (Sentencia de 13 de noviembre de 2000). Procede la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Málaga n.º 1, doña María Dolores Fernández-Pacheco Fernández de fecha 3 de julio de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 octubre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora de Málaga.

Resolución de 23 de octubre de 2018 (1.ª)

En el expediente 134/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Clínica Multidisciplinar Ibérica, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 28 de marzo de 2018 dirigido al registro mercantil de La Coruña, en el que tuvo su entrada el día 2 de abril 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 «Clínica Multidisciplinar Ibérica, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de doña ….., en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administradora única, de fecha 13 de abril de 2018, en el que, después de afirmar que se cumplen los requisitos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, considera que en esta ocasión no debería concederse al solicitante el derecho a la verificación contable en los términos solicitados debido a que no tiene la más mínima intención de verificación de las cuentas que aportaría el auditor, sino por el contrario, la única intención del solicitante es intentar crear un perjuicio a la empresa, consecuencia de determinadas cuestiones personales entre el solicitante y la administradora. Añade, además, que, dados los datos económicos de la sociedad, ésta se encuentra totalmente imposibilitada para hacer frente al pago de una auditoría.

III

El registrador mercantil de La Coruña, don Juan Carlos González Nieto, dictó resolución de fecha 18 de abril de 2018, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

IV

Doña ….., en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administradora única, por escrito de fecha 14 de mayo de 2018, que tuvo entrada el día 16 de mayo del mismo año en el registro mercantil de La Coruña, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando, en esencia, 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 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, de modo que, según manifiesta la recurrente, la mercantil se encuentra totalmente imposibilitada para hacer frente al pago de una auditoría, 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 de perjuicio a la empresa que la petición comporta para la sociedad (artículo 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.

2. Por lo que se refiere a las cuestiones personales alegadas en el expediente, es doctrina consolidada de esta Dirección General 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 (artículos 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.

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 sólo no han sido desvirtuados por la sociedad, sino expresamente reconocidos por la misma 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 2017.

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, dictada con fecha 18 de abril de 2018, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de La Coruña.

Resolución de 23 de octubre de 2018 (2.ª)

En el expediente 140/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de la administradora única de «Estética Dental Cervelló, S.L.».

HECHOS

I

Doña C.C.F. presentó un escrito de fecha 5 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 28 posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital el nombramiento de un experto que determine el valor real de las participaciones sociales del socio don J.S.V.D.

De la solicitud y documentación aportada resulta:

a) Que la sociedad celebró junta general el día 2 de marzo de 2018 en la que, con presencia de los dos socios que la integran debidamente representados, se acordó por unanimidad la decisión de exclusión del socio don J.S.V.D., titular de 250 participaciones, por haber infringido la prohibición de competencia.

b) Que existe un procedimiento judicial en el que la sociedad ha demandado al socio excluido por conducta desleal al haber infringido la prohibición de competencia, sin perjuicio de que la sociedad entiende la necesidad de nombrar un experto que determine el valor de sus participaciones dada la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre su valor.

II

Trasladada la solicitud al socio don J.S.V.D. presentó escrito de alegaciones de fecha 11 de mayo (sic), que ingreso en el Registro Mercantil el día 10 de mayo de 2018 en el que afirmo: Que la señora administradora de la sociedad es asimismo administradora de otra sociedad con la que comparte objeto social. Que es cierto que el número de participaciones de su titularidad es de 250. Que sin perjuicio de que la pertinencia de la causa de exclusión será determinada en el procedimiento judicial en curso, no se opone a la valoración de las participaciones si bien no es cierto que exista imposibilidad de alcanzar un acuerdo de valoración; que solicita se le notifique qué periodo de tiempo será utilizado para llevar a cabo la valoración pues de ello dependerán las alegaciones que por su parte se realicen. Que la relación de confianza que existía entre los socios ha quebrado y aunque difieran en la causa que lo ha motivado resulta imposible gestionar la mercantil de forma conjunta por lo que no se opone a la tasación previa determinación del momento temporal para evitar problemas en la ejecución de la sentencia que se dicte.

III

El registrador mercantil de Barcelona V, don Jesús Santos y Ruiz de Aguilar dictó resolución en fecha 11 de julio de 2018 por la que acordó desestimar la solicitud de designación de experto independiente habida cuenta de la existencia del procedimiento judicial en curso y sin que proceda la determinación del momento a que deba referirse la valoración de las participaciones pues dicha circunstancia corresponde al experto que, en su caso, se designe.

IV

Doña P.G.V., letrada, actuando en interés de doña C.C.F, administradora única de la sociedad, por escrito de fecha 31 de julio de 2018, 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 a los siguientes, resumidamente, argumentos: «1.º Que comparten con el registrador la necesidad de que este examine los datos del caso para determinar si la solicitud obedece a una causa legalmente establecida pero que la exigencia de que recaiga sentencia firme impide el ejercicio de su competencia y demora la solución. 2.º Que resultan del expediente hechos más que suficientes para acreditar la existencia de un acuerdo de exclusión de socio, así como del ejercicio simultáneo por parte de don J.S.V.D. de su condición de administrador en esta sociedad y otra con objeto casi idéntico. Que no se está presentando una escritura pública de exclusión sino solicitando la designación de

experto no porque los socios no alcancen un acuerdo para la compraventa de participaciones sino porque consta acreditada la deslealtad del socio administrador lo que constituye un supuesto legalmente previsto para que proceda la designación. Que se produce el requisito contemplado en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil, supuesto para el que el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital no exige sentencia firme, aunque viene matizado por el 352.2. Que sin perjuicio de lo anterior la sentencia firme no se exige para la valoración de participaciones; la sentencia firme se exige dentro del procedimiento de exclusión no como presupuesto o requisito de ella; don J.S.V.D. ha manifestado su aquiescencia a la valoración de las participaciones y por tanto a la consecuencia de su exclusión lo cual constituye una excepción a la exigencia de sentencia firme conforme al artículo 352.2 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 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 350 a 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. Una sociedad limitada acuerda la exclusión de determinado socio cuya participación excede del 25% del capital social. De hecho, la sociedad está integrada por dos socios cada uno de los cuales ostenta el 50% del capital social. El acuerdo de exclusión se toma por unanimidad en junta en la que están representados los dos socios.

Trasladada al socio excluido la solicitud de la sociedad de que se designe experto de conformidad con lo establecido en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, el socio alega su conformidad con la designación de un experto si bien solicita que se determine el periodo que se va a utilizar para realizar la valoración. Igualmente afirma que existe un procedimiento judicial en curso sobre la pertinencia de la causa de exclusión lo cual no le impide afirmar que coincide en la imposibilidad de continuar en la sociedad.

El registrador mercantil desestima la solicitud de designación de experto porque existiendo contienda judicial no procede la designación. Además, resuelve que no procede que se determine el periodo de tiempo sobre el que ha de realizarse la valoración de las participaciones por ser cuestión que ha de resolver, en su caso, el experto designado. Esta última resolución no ha sido objeto de recurso deviniendo firme en vía administrativa por lo que el objeto de la presente se limita a la única cuestión de si procede o no la designación de experto independiente por parte del registrador habida cuenta de que la sociedad recurre en los términos que se han expuesto en los hechos.

2. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que los artículos 350 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de

nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales, como consecuencia de la exclusión de un socio, pero no alcanza a la resolución de controversias entre las partes que excedan de dicho objeto. 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 (artículo 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).

3. Establecido lo anterior y como ha puesto de relieve nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 314/2015 de 12 junio: «El derecho de exclusión es un mecanismo de protección del interés de la mayoría frente a la conducta de determinados socios que incumplan las obligaciones derivadas de su pertenencia a la sociedad (la obligación de realizar prestaciones accesorias), así como al socio administrador (que infrinja la obligación de competencia o hubiere sido condenado por sentencia firma a indemnizar a la sociedad). Junto a las causas legales de exclusión de socios, inderogables, los estatutos de la sociedad pueden ampliar el número de causas, bien porque se pactaron en la fundación de la sociedad, bien porque se incorporaron a los estatutos con el consentimiento de todos (art. 351 LSC).»

La misma sentencia pone de relieve que: «…tratándose el artículo 98 LSRL (RCL 1995, 953) (actualmente art. 350 LSC) de una norma de carácter represivo, no caben interpretaciones extensivas de la misma…»

4. 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.

5. 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.

6. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente se produce una situación que hace inviable que esta Dirección se pronuncie. Por un lado, el acuerdo de exclusión se adopta con el consentimiento del socio excluido y por otro, existe un procedimiento judicial en marcha sobre la causa de exclusión.

Por su parte el socio excluido afirma estar de acuerdo en que la situación debe resolverse con su salida de la sociedad y con que un experto valore sus participaciones, pero afirma que disiente de la causa de exclusión.

Existiendo oposición sobre la causa de exclusión esta Dirección no puede estimar el recurso pues ello supondría la violación flagrante del artículo 352.2 de la Ley de Sociedades de Capital. No obsta a lo anterior la afirmación del socio que afirma que está de acuerdo en que se lleve a cabo la valoración de su participación por medio de experto independiente pues no concurriendo la causa legal de exclusión hasta que recaiga sentencia firme, no se da el supuesto de hecho para que por parte del registrador se proceda a su designación.

Tampoco es aceptable la argumentación de la sociedad recurrente pues resulta patente que no está acreditada la causa de exclusión pues existe un procedimiento judicial en curso donde tal circunstancia ha de ser objeto de decisión y porque

igualmente resulta patente que, a la luz de la jurisprudencia expuesta, hasta que tal cosa no se produzca no se darán las circunstancias para que el registrador mercantil lleve a cabo la designación de experto independiente.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona V, don Jesús Santos y Ruiz de Aguilar, de fecha 11 de julio de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 23 de octubre de 2018 (3.ª)

En el expediente 149/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de socios de «Royal, S.L.»

HECHOS

I

Doña R.M.F.C., doña A.M.F.C y doña M.F.C. presentaron un escrito de fecha 18 de junio de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, 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 socias de la entidad «Royal, S.L.», el nombramiento de un experto que determine el valor real de las participaciones sociales.

De la solicitud y documentación aportada resulta:

a) Del acta notarial autorizada por el notario de Madrid don Ignacio Manrique Plaza, que la sociedad celebró junta general el día 9 de mayo de 2018 en cuyo orden del día, y sin perjuicio de otros puntos que no tienen interés para el presente expediente, constaba el examen y aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2017 así como de la propuesta de aplicación del resultado. Que la junta se constituyó en la fecha indicada con la presencia de un 80% del capital social. Que, tras la aprobación de las cuentas anuales debidamente auditadas, se procede a la votación relativa a la propuesta de aplicación del resul-

tado consistente en destinar el resultado neto del ejercicio ascendente a 16.246,86 euros de la siguiente forma: 11.372,8 a resultados negativos de ejercicios anteriores y a dividendos la cantidad de 4.874,06 a satisfacer durante el mes de julio de 2018. Resulta que las señoras F, manifiestan «estar conformes con el reparto de dividendos pero que sean de la total cantidad de beneficios y que los resultados negativos sean compensados con reservas que hay suficientes en la sociedad.» Se aprueba la propuesta por mayoría del 65% haciendo constar doña A.F.C, doña R.F.C. y doña M.F.C., que han votado en contra, esta última por medio de su representante, la reserva de acciones legales.

b) Mediante acta notarial de fecha 28 de mayo de 2018 autorizada por el notario de Madrid don Antonio Pérez-Coca Crespo, las hoy solicitantes notifican a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación y le citan para reunirse en lugar y fecha determinados, lo que se llevó a cabo por medio de diligencia de entrega del día inmediato posterior por parte del notario autorizante. La sociedad contesta por medio de burofax la imposibilidad de acudir a la reunión.

c) Mediante acta notarial de fecha 31 de mayo de 2018 autorizada por el notario de Madrid don Miguel Ruiz Gallardón García de la Rasilla, las hoy solicitantes requieren al notario para que de fe del contenido de la reunión a la que convocaron a la sociedad, resultando de la diligencia del mismo día que sólo ellas comparecieron.

Las hoy solicitantes reiteran la solicitud de reunión mediante burofax remitido con posterioridad.

II

Trasladada la solicitud a la sociedad se opuso a la pretensión de las socias alegando: 1.º Que el objeto social lo constituye la fabricación y comercialización de productos de calzado, marroquinería y textiles por lo que no pueden considerarse como beneficios propios de la explotación ni los beneficios correspondientes al arrendamiento de un inmueble de la sociedad ni los resultados extraordinarios de tal manera que de los beneficios totales 7.642,97 corresponden a la actividad que define su objeto social y 8.603,90 resultan ajenos. Por ello el acuerdo de aprobación de reparto de un dividendo de 4.874,06 euros no genera la posibilidad de ejercer el derecho de separación lo que priva a las solicitantes de legitimación. 2.º Que aún en el supuesto de no aceptar lo anterior y aun considerando la totalidad del beneficio como repartible, las socias pretenden el ejercicio de un derecho de separación por haber dejado de recibir la ridícula cantidad de 27,05 euros cada una de ellas habida cuenta del porcentaje del 5% del capital que cada una ostenta. Se trata de una cantidad insignificante que desdice por si sola la afirmación de las instantes de que el grupo mayoritario les niega el derecho al dividendo. Que de todo ello resulta la incompatibilidad con la buena fe como demuestra además la pretensión expresada en la junta de que se repartiesen como dividendo la totalidad de los beneficios obtenidos destinándose a enjuagar las pérdidas de ejercicios anteriores las reservas, propuesta que sabían sería rechazada por implicar la asunción de un riesgo que la sociedad no puede acometer. Que la mala fe se confirma si se observa que en los últimos ejercicios ninguna de ellas se opuso a la ausencia de dividendos. Que lo anterior se confirma en cuanto a doña A.M.F.C., que ostentó el cargo de consejera hasta el día 1 de junio de 2017 quien votó a favor en el consejo en relación a la formulación de las cuentas que luego serían aprobadas por las respectivas juntas.

III

El registrador mercantil de Madrid n.º 3, don Jorge Salazar García dictó resolución en fecha 11 de julio de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y declarar la procedencia de nombramiento del experto solicitado.

IV

Doña M.L.G.O y doña M.C.C.C., como consejeras delegadas mancomunadas de la sociedad, por escrito de fecha 9 de agosto de 2018, que tuvo entrada el mismo día, en el Registro Mercantil de Madrid, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo, resumidamente, que la resolución del registrador se fundamenta en una única sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia que no puede extrapolarse fuera del autos en que fue dictada, que no constituye jurisprudencia y que además contradice frontalmente el contenido del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, solicitando a la Dirección General de los Registros y del Notariado que analice todos los beneficios obtenidos por Royal S.L. Que a lo anterior debe añadirse que la resolución del registrador viola, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación de las normas jurídicas, el espíritu y finalidad de la norma no siendo de recibo que se limite a su aplicación literal. Que no puede afirmarse al mismo tiempo la competencia para apreciar la existencia del derecho de separación y al mismo tiempo realizar una aplicación literal del precepto en contra de la previsión del artículo 3 del Código Civil. Que a lo anterior se une la acreditada voluntad de la sociedad de cumplimiento del derecho al dividendo lo que obliga, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a llevar a cabo una aplicación adecuada a las circunstancias del caso. Que la Dirección General de los Registros y del Notariado tiene la obligación de evitar el abuso de derecho conforme al artículo 7.2 del Código Civil.

Notificadas del escrito de recurso, las instantes presentan un escrito de alegaciones de fecha 7 de septiembre de 2018 en el que, tras una serie de comentarios, se reiteran en su solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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. Instado por socias de una sociedad limitada del registrador mercantil la designación de experto independiente como consecuencia del ejercicio del derecho de separación a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador estima la solicitud y desestima la oposición de la sociedad quien recurre en alzada ante esta Dirección General.

2. La sociedad entiende que no se produce el supuesto de hecho del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por considerar que de los beneficios obtenidos sólo una parte pueden considerarse como beneficios propios del desarrollo de objeto social.

Es doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 16 y 28 de noviembre, 11 de diciembre de 2017 y de 22 enero, 7 y 22 de febrero, 26 de marzo y 6 de junio de 2018), que 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 y en esta vía de recurso, las partes solamente disienten sobre si el beneficio obtenido tiene o no el carácter previsto por el ordenamiento y si, en consecuencia, procede o no el derecho de separación. La sociedad no discute el carácter repartible del beneficio obtenido sino solamente su cómputo a los efectos de la determinación de la existencia de derecho de separación.

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.

Y esto es precisamente lo que ocurre en el presente expediente en el que la sociedad no ha conseguido acreditar el contenido de sus afirmaciones, afirmaciones de parte, que por sí mismas no justifican que de acuerdo a los parámetros expuestos, corresponda deducir del beneficio obtenido una cantidad. Resultando un beneficio de 16.246,86 euros, la tercera parte asciende a 5.415,62 euros. De aquella cantidad la sociedad afirma que debe restarse la cantidad de 8.603,90 euros por proceder del alquiler de un inmueble de la sociedad y de otros ingresos extraordinarios.

Como resulta de las consideraciones anteriormente expuestas para que tal detracción se encuentre jurídicamente justificada en términos tales que produjese el efecto de privar del derecho de separación, sería preciso que la sociedad hubiese acreditado, no sólo que el ingreso es ajeno a la actividad típica de la empresa sino además que se trate de una 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. De los hechos resulta patentemente que la sociedad no ha conseguido acreditar la concurrencia de dichas circunstancias pues el ingreso derivado del arrendamiento de un inmueble no es por sí mismo ajeno a la actividad de la empresa ni es, desde luego, infrecuente dada la naturaleza del negocio jurídico en que se fundamenta. El ingreso periódico de la renta derivada de un contrato de arrendamiento, aunque la actividad típica de la sociedad sea otra, no puede calificarse como ingreso extraordinario sino ordinario por provenir de una relación jurídica de tracto sucesivo y de resultado repetitivo en el tiempo (contrástese con el supuesto de hecho contemplado en la Resolución de esta Dirección General de 26 de marzo de 2018). En cuanto a las otras deducciones que pretende la sociedad por ingresos extraordinarios, ni siquiera existe una descripción de los mismos ni justificación alguna que ampare su voluntad de exclusión del cómputo de los beneficios obtenidos.

Procede en consecuencia la desestimación del recurso sin que esta Dirección pueda, como pretende la sociedad recurrente, prescindir de la doctrina expuesta de la Audiencia Provincial de Barcelona como si de una instancia

superior se tratara. Bien al contrario y como se expuso anteriormente, esta Dirección se encuentra obligada por la doctrina emanada de un órgano jurisdiccional que en ejercicio de la competencia constitucionalmente reconocida (artículo 117 de la Constitución Española), ha determinado cómo ha de aplicarse e interpretarse el requisito de beneficio recogido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

3. La sociedad pretende que esta Dirección General rechace la concurrencia de los requisitos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital habida cuenta de que, a su juicio, la escasa cuantía del dividendo a recibir pueda justificar la procedencia del ejercicio de separación. Esta Dirección no puede acceder a semejante motivo de recurso. El artículo 348 bis determina los requisitos que han de concurrir para que surja el derecho de separación a favor de los socios que hayan ejercido su voto en junta general en los términos que del mismo resulta. Producido el supuesto de hecho se produce el efecto jurídico sin que le quepa a esta Dirección la tarea de valorar si tal efecto es el realmente querido por el legislador o no o si, como consecuencia de su ejercicio, se produce una aplicación indebida de la norma, como reclama el escrito de recurso.

Como esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones *(vide* resoluciones en materia de auditores de fechas 15 de julio y 19 de octubre de 2015, entre otras muchas), el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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).

Por las mismas razones esta Dirección no puede entrar a valorar la conducta actual y pretérita de las solicitantes de la designación de experto independiente. Lo impide tanto el carácter limitado de los medios de prueba de este procedimiento *(vide* artículos 351.2, 354.2 y 363 del Reglamento del Registro Mercantil), como lo limitado de su conocimiento a determinar si de la documentación aportada resultan los requisitos legalmente exigidos para producir el efecto jurídico previsto y la legitimación derivada para solicitar la designación de experto independiente.

En definitiva, este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente al limitarse el objeto de este expediente a determinar si concurren o no los requisitos para el ejercicio del derecho de separación.

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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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 esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 23 de octubre de 2017 y 26 de enero, 7, 12 y22 de febrero y 13 de marzo de 2018).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 3, don Jorge Salazar García de fecha 11 de julio de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 31 de octubre de 2018 (1.ª)

En el expediente 150/2018 sobre nombramiento de auditor excepcional a instancia de la sociedad «Repsol Servicios Colombia, S.A.».

HECHOS

I

Por escrito de 13 de agosto de 2018, con entrada en este Ministerio el día 14 de agosto de 2018, el registrador mercantil de Madrid XVI, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, 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 2017 de la sociedad «Repsol Servicios Colombia, S.A.», a los efectos previstos en el citado artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

II

Forman parte de dicho expediente la solicitud inicial de nombramiento de auditor de cuentas al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, dirigida al registro mercantil de Madrid, de fecha 17 de julio de 2018, formulada por don ….., en su condición de administrador único, el requerimiento del registrador mercantil en orden a concretar por parte del solicitante el ejercicio a que se refiere su escrito, la contestación al anterior requerimiento por el interesado en el sentido de limitar su petición al ejercicio 2017, así como el informe de fecha 24 de agosto de 2018 del registrador mercantil de Madrid XVI, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, del que resulta que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor y elevando el expediente a esta Dirección General, previo requerimiento de fecha 20 de agosto de la Consejera Técnica de este Centro Directivo, doña …..

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 17 de julio de 2018, dirigida al registro mercantil de Madrid, formulada por don ….., en su condición de administrador único al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, en especial el artículo 356 del expresado Reglamento, y según manifiesta el interesado, resulta, en esencia, que:

1.º Que la solicitante, «Repsol Servicios Colombia, S.A.», forma parte del Grupo Repsol a través de su principal accionista, «Repsol Exploración, S.A.», filial a su vez de la sociedad matriz «Repsol, S.A.»; siendo su accionista minoritario, «Repsol Exploración Colombia, S.A.», también sociedad filial del Grupo Repsol.

2.º Que las cuentas anuales abreviadas de los ejercicios 2015 y 2016 fueron formuladas por el administrador único de acuerdo con el marco normativo de información financiera aplicable a la Sociedad. No obstante lo anterior, al cierre del ejercicio 2017 la sociedad, por primera vez, ha dejado de reunir, durante dos años consecutivos, dos de las circunstancias previstas en el artículo 263.2 de la Ley de Sociedades de Capital, lo que determina la obligación de que las cuentas anuales y el informe de gestión correspondientes al ejercicio 2017 deban de ser revisados por auditor de cuentas. En tanto que no se preveía superar los límites establecidos por la citada Ley durante el ejercicio 2017, no se propuso a la junta general de accionistas el nombramiento del auditor dentro de dicho ejercicio, tal como exige el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital. Si bien, al cierre del ejercicio 2017,

sí se superaron los citados límites, sin que fuera ya legalmente posible nombrar a los auditores antes de que finalizara el primer ejercicio a auditar –2017–, tal y como prevé la Ley.

3.º Repsol es un grupo integrado de empresas del sector de hidrocarburos, entre las cuales se encuentra «Repsol Servicios Colombia, S.A.». El grupo realiza todas las actividades de dicho sector. Por su parte, la junta general ordinaria de accionistas de la matriz del Grupo, «Repsol, S.A.», celebrada el 19 de mayo de 2017 aprobó el nombramiento de «pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.» como auditor de las cuentas individuales de «Repsol, S.A.» y de las cuentas consolidadas del Grupo Repsol para los ejercicios 2018, 2019 y 2020. En línea con dicho nombramiento, y en virtud de acuerdos adoptados en 2017 por las respectivas juntas generales de accionistas, la auditoría de todas las cuentas anuales de las sociedades filiales pertenecientes al Grupo Repsol son igualmente realizadas por el auditor del Grupo, incluida la auditoría del socio mayoritario de «Repsol Servicios Colombia, S.A.», la sociedad «Repsol Exploración, S.A.».

4.º Dado que las actividades de la sociedad están relacionadas con el negocio de la exploración y producción de hidrocarburos, se hace necesario una firma de auditoría que cumpla con las competencias necesarias para realizar el trabajo: especialización en el sector, conocimiento del entorno económico y marco regulatorio específico de la actividad de la sociedad, altos estándares de calidad, etc. El actual auditor del Grupo, «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.», tiene la experiencia, implantación, medios y cobertura necesarios para llevar a cabo el trabajo de auditoría de la sociedad «Repsol Servicios Colombia, S.A.», considerándose que la citada auditora cumple con los requisitos de competencia profesional, independencia, responsabilidad y garantía financiera que exige la vigente Ley 22/2015 de Auditoría de Cuentas para la realización de la auditoría de «Repsol Servicios Colombia, S.A.» correspondiente al ejercicio 2017.

Por todo lo anterior, insta del registro mercantil proceda a elevar a la Dirección General de los Registros y del Notariado su solicitud de designación de «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.», como auditor de cuentas de la sociedad «Repsol Servicios Colombia, S.A.», para que, previo su nombramiento en los términos legalmente previstos, efectúe la revisión de las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Madrid XVI, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, emite informe de fecha 24 de agosto de 2018 del que resulta que «puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor», elevando el expediente a esta Dirección General dadas las facultades discrecionales que el Reglamento del Registro Mercantil (artículo 356) confiere a este Centro Directivo para valorar si las circunstancias que se alegan, en cada caso, revisten o no el carácter de especiales. En concreto, informa el citado registrador que:

– Con posterioridad al cierre del ejercicio 2017, la sociedad afectada declara encontrarse obligada a la verificación de las cuentas anuales al dejar de reunir, por segundo año consecutivo, dos de las circunstancias previstas en el artículo 263 LSC sin haber designado auditor al efecto.

– Conforme a lo previsto en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital «Cuando la junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, [...] los administradores y cualquier socio podrán solicitar al registrador mercantil del domicilio social la designación de la persona o personas que deban realizar la auditoría».

– Finalmente, que, concurriendo, de un lado la obligación, declarada, de auditar las cuentas anuales de un ejercicio ya finalizado sin nombramiento previo por la junta general y, de otro, la propuesta de designación de un profesional concreto formulada por la entidad solicitante que desarrolla su actividad en Colombia y que pertenece a un grupo de sociedades integradas en el sector de hidrocarburos que consolida sus cuentas, las cuales están siendo auditadas por PWC, lo que puede determinar que esta sociedad auditora posea un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante y del marco regulatorio de su actividad, puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor.

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 350, 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. 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 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 llevadas 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 procedería 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 Madrid XVI, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, emite informe de fecha 24 de agosto de 2018 del que resulta que «puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor», en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y del informe de fecha 24 de agosto de 2018 del registrador mercantil de Madrid XVI, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor por cuanto concurren presupuestos reveladores de especialización, complejidad, volumen económico significativo y conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales de la sociedad peticionaria del ejercicio 2017 sea hecha por la misma auditora

que se ha nombrado para la revisión de las cuentas anuales del grupo consolidado al que pertenece y de su matriz, «Repsol, S.A.», lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante, así como del marco específico regulatorio de su actividad.

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 «Repsol Servicios Colombia, S.A.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registro mercantil de Madrid XVI, al nombramiento de la mercantil «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.», siempre que se acredite su inscripción en el ROAC, al no resultar ésta del expediente obrante en esta Dirección General, para que lleve a cabo las labores de auditoría correspondientes al ejercicio 2017, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Madrid XVI 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, 31 de octubre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 31 de octubre de 2018 (2.ª)

En el expediente 151/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gestforum Barcelona 2016, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la mercantil «Celestum Fire Works, S.L.», presenta escrito de fecha 26 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 28 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 su representada de más del 5% del capital social de la mercantil «Gestforum Barcelona 2016, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Según resulta del expediente, dicho escrito es trasladado por primera vez a la mercantil el 4 de abril de 2018 en el domicilio social que consta según Registro, habiendo sido devuelta la notificación al registro mercantil el día 2 de mayo del mismo año.

Por segunda vez, por medio de diligencia de 8 de mayo de 2018, se dio traslado nuevamente de la solicitud a la mercantil al domicilio que consta en el Registro, así como al administrador mancomunado de la misma, don ….., al domicilio que del mismo obra también en el registro; habiendo sido devueltas ambas notificaciones al registro los días 24 de mayo y 5 de junio de 2018.

Por último, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 44 de la la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se procede por el registro mercantil a la notificación por edictos, publicándose dicho edicto en el BOE de fecha 12 de junio de 2018, sin que, transcurrido el plazo legal, la sociedad se haya opuesto a la solicitud.

III

El registrador mercantil de Barcelona, don José Luis San Román Ferreiro, dictó resolución de fecha 28 de junio de 2018 por la que acordó la procedencia del nombramiento de auditor solicitado. Dicha resolución es notificada por correo certificado tanto en el domicilio social como en el que resulta del registro respecto del administrador mancomunado.

IV

Don ….., administrador mancomunado de la mercantil «Gestforum Barcelona 2016, S.L.» interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 28 de junio, señalando como único defecto la ausencia de notificaciones generador de indefen-

sión, solicitando se deje sin efecto la resolución recurrida y, en su lugar, se le dé trámite de audiencia a su representada en las direcciones postales correctas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 40, 44, 89, 107 y 113 la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, 7, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, artículo 20 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, y 1.º de la Ley Hipotecaria, 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.

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 resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 26 de marzo de 2018, solicitud que, según resulta del expediente, es trasladada por primera vez a la mercantil el 4 de abril de 2018 en el domicilio social que

consta según Registro. Por segunda vez, se da nuevo traslado de la solicitud por medio de diligencia de 8 de mayo de 2018, al domicilio que consta en el Registro, tanto a la sociedad como al administrador mancomunado de la misma –y recurrente–, don Guillermo Moreno Robado, al domicilio que consta también en el registro; habiendo resultado infructuosas dichas notificaciones al haber sido devueltas ambas al registro los días 24 de mayo y 5 de junio de 2018. Y, finalmente, ante el anterior resultado, se procede a la notificación por edictos, publicándose dicho edicto en el BOE de fecha 12 de junio de 2018, sin que, transcurrido el plazo legal, la sociedad haya formulado alegación alguna.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha sido debidamente notificada en el domicilio que constaba en el Registro Mercantil, dándose a su vez la circunstancia de que ha tenido conocimiento del expediente al haber presentado el presente escrito de recurso.

3. El recurso no puede prosperar ya que no puede aceptarse la alegación de la sociedad relativa, en esencia, a que el domicilio en el que se han realizado las notificaciones es distinto a su domicilio real. Las sociedades de capital pueden establecer su domicilio donde tengan por conveniente con dos limitaciones: que sea en territorio español y que en él «…se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación» (artículo 9 de la Ley de Sociedades de Capital). Si el domicilio señalado no coincide con el real dicha circunstancia no perjudica a terceros (artículo 10 de la propia Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 20 del Código de Comercio). Que exista coincidencia es responsabilidad del órgano de administración a quien incumbe el deber de llevar la gestión de la sociedad con la diligencia debida (artículo 225 de la Ley) y a quien incumbe la iniciativa para modificar, en su caso, el contenido de los estatutos (artículo 286 de la Ley de Sociedades de Capital). En consecuencia, y como resulta del propio expediente, es el propio órgano de administración el que debe de tomar las medidas precisas para que el domicilio real y el domicilio social fijado en estatutos y publicado coincidan, deber muy favorecido por el legislador que, salvo disposición contraria de los estatutos, autoriza a cumplir dentro del mismo término municipal sin necesidad de acuerdo social de modificación de estatutos (artículo 285.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

No cabe en consecuencia apreciar indefensión alguna de la sociedad que pudiera provocar la nulidad del expediente (artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), pues, en su caso, habría sido la propia sociedad quien, con su inacción, habría provocado que un tercero (en este caso la Administración), hubiese realizado la notificación de la existencia de solicitud de verificación contable por socio minoritario, en el domicilio señalado por la propia sociedad en el Registro Mercantil. Además, la inexistencia de indefensión material es patente en cuanto que la sociedad ha tenido ocasión de provocar este recurso y alegar lo que en defensa de sus intereses ha tenido por conve-

niente. No ha existido una situación definitiva en vía administrativa ante la que no haya podido reaccionar debidamente la sociedad. Por otro lado, la actuación del Registro Mercantil de Barcelona ha sido adecuada en la medida en que ha procedido a notificar tanto a la sociedad, en el domicilio que resulta del registro, hasta en dos ocasiones, como al administrador mancomunado, también en el domicilio que del mismo resulta del registro, como, dado lo infructuoso de todas las anteriores notificaciones, por medio del correspondiente edicto a través del «BOE», todo ello en los términos que resultan del expediente.

4. 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 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona, don José Luis San Román Ferreiro, de fecha 28 de junio de 2018, por la que acordó la procedencia del nombramiento de auditor solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa 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 octubre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 31 de octubre de 2018 (3.ª)

En el expediente 167/2018 sobre nombramiento de auditor excepcional a instancia de la sociedad «Ilunion Fuego y Conducción, S.A.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 17 de octubre de 2018, con entrada en este Ministerio el mismo día 17 de octubre, el registrador mercantil de Madrid III, don Jorge Salazar García, 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 2017 de la sociedad «Ilunion Fuego y Conducción, S.A.», a los efectos previstos en el citado artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil. El escrito remitido incluye el informe exigido a los efectos de lo dispuesto en el artículo 356 del citado Reglamento.

II

Forman parte de dicho expediente la solicitud inicial de nombramiento de auditor de cuentas al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, dirigida al registro mercantil de Madrid, de fecha 8 de octubre de 2018, formulada por don ….., persona física representante de «Grupo Ilunión, S.L.», y don ….., persona física representante de «Ilunión Facility Services S.L.», en su condición de administradores mancomunados de la sociedad «Ilunion Fuego y Conducción S.A.», así como el informe de fecha 17 de octubre de 2018 del registrador mercantil de Madrid III, don Jorge Salazar García, del que resulta que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor y elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 8 de octubre de 2018, dirigida al registro mercantil de Madrid, formulada por don ….., persona física representante de «Grupo Ilunión S.L.», y don ….., persona física representante de «Ilunión Facility Services S.L.», en su condición de administradores mancomunados de la sociedad en cuestión, al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, en especial el artículo 356 del expresado Reglamento, y según manifiestan los interesados, resulta, en esencia, que:

1.º Que conforme establece el artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad estaba obligada a someter las cuentas anuales y el informe de gestión correspondientes al ejercicio 2017 a revisión por auditor de cuentas, si bien por un error material, no sometió a la consideración de la junta general de accionistas, antes de la finalización del referido ejercicio, el nombramiento de la entidad auditora que desarrollaría la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión de la misma.

2.º Que no obstante la circunstancia referida en el apartado anterior, las cuentas anuales, así como el informe de gestión de la compañía correspondientes al ejercicio 2017 han sido verificados en fecha 26 de abril de 2018, por la entidad auditora «Ernst & Young, S.L.», inscrita en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas con el número S0530.

3.º Que la última cuenta de pérdidas y ganancias depositada en el registro mercantil de Madrid, correspondientes al ejercicio 2016, no se formularon de forma abreviada.

4.º Que la sociedad en el ejercicio 2016, sometió a la verificación de «Ernst & Young, S.L.» las cuentas anuales del ejercicio y el informe de gestión, por lo que esta entidad era idónea para realizar la auditoría de cuentas de la sociedad correspondiente al ejercicio 2017 por el conocimiento previo y profundo de la contabilidad de la misma.

5.º Que «Ilunion Fuego y Conducción S.A.» es una sociedad integrada en el grupo de empresas que lidera la sociedad matriz «Grupo Ilunion, S.L.», en el cual como criterio general las sociedades integrantes han sido auditadas por «Ernst & Young, S.L.».

Por todo lo anterior, insta del registro mercantil proceda a elevar a la Dirección General de los Registros y del Notariado su solicitud de designación de «Ernst & Young, S.L.», como auditor de cuentas de la sociedad «Ilunion Fuego y Conducción, S.A.», como la auditora de las cuentas y del informe de gestión de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Madrid III, don Jorge Salazar García, emite informe de fecha 17 de octubre de 2018 del que resulta que «puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor», elevando el expediente a esta Dirección General dadas las facultades discrecionales que el Reglamento del Registro Mercantil (artículo 356) confiere a este Centro Directivo para valorar si las circunstancias que se alegan, en cada caso, revisten o no el carácter de especiales. En concreto, informa el citado registrador que:

– Con posterioridad al cierre del ejercicio 2017, la sociedad afectada la sociedad afectada se encuentra obligada, tal y como resulta de las cuentas anuales depositadas en este registro, a la verificación de las cuentas anuales de dicho ejercido al dejar de reunir dos de las circunstancias previstas en el artículo 263 LSC sin haber designado auditor al efecto.

– Conforme a lo previsto en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital «Cuando la junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, [...] los administradores y cualquier socio podrán solicitar al registrador mercantil del domicilio social la designación de la persona o personas que deban realizar la auditoría».

– Finalmente, que, concurriendo, de un lado la obligación de auditar las cuentas anuales de un ejercicio ya finalizado sin nombramiento previo por la junta general y, de otro, la propuesta de designación de un profesional concreto formulada por la entidad solicitante que pertenece a un grupo de sociedades que consolida sus cuentas, las cuales están siendo auditadas por «Ernst & Young, S.L.», lo que puede determinar que esta sociedad auditora posea un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante y del marco regulatorio de su actividad, puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor.

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 artícu-

los 350, 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. 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 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 llevadas 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 procedería 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 Madrid III, don Jorge Salazar García, emite informe de fecha 17 de octubre de 2018, del que resulta que «puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor», en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y del informe de fecha 17 de octubre de 2018 del registrador mercantil de Madrid III, don Jorge Salazar García, 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 conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales de la sociedad peticionaria del ejercicio 2017 sea hecha por la misma auditora que se ha nombrado para la revisión de las cuentas anuales del grupo consolidado al que pertenece, lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante, así como del marco regulatorio de su actividad.

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 «Ilunion Fuego y Conducción, S.A.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al

ejercicio 2017, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registro mercantil de Madrid III, al nombramiento de la mercantil «Ernst & Young, S.L.», inscrita en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas con el número S0530, para que lleve a cabo las labores de auditoría correspondientes al ejercicio 2017, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Madrid III 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, 31 de octubre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 6 de noviembre de 2018 (1.ª)

En el expediente 153/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Proyectos Leitner, S.L.»

HECHOS

I

Doña ….., administradora única de la sociedad NC Proyectos Integrales, Promoción, Gestión y Desarrollos Inmobiliarios S.L. presentó un escrito de fecha 13 de junio de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de «Proyectos Leitner, 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.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) De acta notarial autorizada por el notario de Madrid don José Luis López de Garayo y Gallardo en fecha 8 de mayo de 2018, resulta que la sociedad Proyectos Leitner S.L., celebro junta general en dicha fecha con la asistencia de socios que representan el cien por cien del capital social. Entre los socios presentes se encuentra la hoy solicitante en su condición de representante de la sociedad por cuya cuenta actúa que ostenta un porcentaje del 15,4152%.

Resulta del acta que la hoy solicitante propuso la distribución del resultado positivo del ejercicio en dividendos lo que fue rechazado por la mayoría social.

Resulta que se aprobó una propuesta de aplicación del resultado por la que el 10% se destinó a reserva legal y del 90% restante, un 10% a dividendo y el resto a recuperar pérdidas de ejercicios anteriores. La hoy instante votó en contra de dicho acuerdo según resulta del acta.

b) Del contenido de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017, debidamente auditadas, resulta un capital social de 3.005.616,88 euros y un patrimonio neto de 3.659.396,10 euros. Asimismo, resulta una cifra de reservas de 409.588, 51 euros y unas pérdidas de 199.636,91 euros. Conforme a la cuenta de resultado el beneficio obtenido asciende a la cantidad de 44.554 euros.

c) Por medio de comunicación fechada el día 31 de mayo de 2018 que fue remitida a la sociedad por correo certificado, la sociedad NC Proyectos Integrales, Promoción, Gestión y Desarrollos Inmobiliarios S.L., notifica a la sociedad Proyectos Leitner S.L., el ejercicio de su derecho de separación y una propuesta de valoración.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad hoy instante no hizo constar en la junta general de manera clara cuál era su postura y que estaba a favor de un reparto de dividendo superior al tercio de los beneficios legalmente repartibles por lo que su solicitud resulta incongruente. Que del contenido del acta notarial resulta la disposición favorable del presidente para atender en la medida de lo posible la solicitud de reparto de dividendo, que la sociedad instante en ningún momento solicitó que se repartiese un tercio del beneficio, que el presidente optó por plantear a la junta una propuesta de dividendo dentro del margen permitido por la legalidad vigente y que antes del reparto de dividendo existía la necesidad de atender a la provisión de la reserva legal y a compensar pérdidas de ejercicios anteriores. 2.º Que no se produce el supuesto del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital pensado para cuando el derecho de separación no es un hecho discutido y sólo lo es la valoración de las participaciones. Que la sociedad ha respondido a la instante de modo adecuado para la razonable satisfacción de sus intereses e incluso ha acordado un reparto del dividendo a cuenta del ejercicio 2018 y el administrador se ha ofrecido a la adquisición de sus participaciones a su valor teórico contable. En suma, que no existe falta de acuerdo como exige el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y solamente discrepancias entre las partes. Que la solicitud de designación de experto constituye un abuso de derecho del socio minoritario.

III

El registrador mercantil de Madrid n.º 4, don Alfonso Ventoso Escribano dictó resolución en fecha 20 de julio de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver 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 A.D.H.R, como administrador, por escrito de fecha 6 de agosto de 2018, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día inmediato posterior, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos e insistiendo en que la postura de la sociedad solicitante no es inequívoca como exigen los tribunales de justicia. Además, insiste en que no se podían repartir mayor cantidad de dividendos por existir limitaciones legales como la obligación de destinarlos a reservas legales o a compensación de pérdidas. Igualmente insiste en su argumento de que no existe discrepancia entre las partes sin que, a su juicio, la mera solicitud al Registro sea suficiente habida cuenta de la disposición de la sociedad a atender al socio minoritario. En cuanto al abuso de derecho el Registro Mercantil tiene pruebas del mismo al resultar la continua solicitud de auditoría a sabiendas de que la sociedad tenia auditor designado. Finalmente y aunque no discute la competencia del registrador mercantil considera que un mínimo de prudencia debería aconsejar rechazar la solicitud y su remisión a la jurisdicción civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Solicitado por un socio la designación del experto independiente a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, como consecuencia del ejercicio del derecho de separación derivado del supuesto del

artículo 348bis del mismo cuerpo legal, el registrador mercantil estima la solicitud. La sociedad recurre.

2. El recurso no puede prosperar pues, concurriendo el conjunto de requisitos previstos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, no procede sino confirmar la resolución del registrador mercantil sin que los motivos de recurso que plantea la sociedad puedan desvirtuar la conclusión anterior.

En primer lugar, porque no puede estimarse el motivo que se fundamenta en la supuesta incongruencia del socio solicitante quien, a juicio de la sociedad, debería haber puesto de manifiesto de forma rotunda su voluntad de que se aprobase una aplicación de resultado en los términos del repetido precepto.

Como afirma la sentencia 32/2006 de 23 enero de nuestro Tribunal Supremo, el derecho de separación: «Nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (artículo 54.3 LSRL), que no es necesaria cuando sea notarial (art. 55.1 y 2 de la misma Ley) y no requiere que la sociedad lo acepte.» Es la adopción del acuerdo previsto en la norma y la oposición del socio el conjunto de hechos de los que nace el derecho de separación sin que pueda este supeditarse a otros requisitos no contemplados en el ordenamiento.

De acuerdo con dicha doctrina de nuestro Tribunal Supremo, no es exigible requisito alguno de poner en conocimiento de la sociedad o del resto de socios cual haya de ser la intención del disidente. Es cierto que el efecto económico en la sociedad que puede deparar el ejercicio del derecho de separación puede conllevar un perjuicio, pero es precisamente por este motivo por lo que, como afirma la reiterada sentencia 32/2006 de 23 enero del alto Tribunal, el órgano responsable de elaborar la propuesta: «…habría que pensar se ha estudiado y meditado atentamente antes de proponer y de acordar la mutación de la que traen causa las actuaciones…»

Las anteriores conclusiones no se ven desvirtuadas por el contenido de la sentencia 81/2015 de 26 marzo de la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya interpretación se lleva a cabo de forma interesada. Es cierto que dicha sentencia afirma que: «En cualquier caso, entendemos que el socio minoritario que vota en el sentido exigido por la norma y que manifiesta expresamente su intención de ejercitar el derecho de separación por entender que los dividendos son insuficientes, no puede verse perjudicado por una norma confusa, de reciente incorporación a nuestro Ordenamiento, que en una interpretación estrictamente gramatical puede llevar a situaciones absurdas.», pero no lo es menos que la propia sentencia, siguiendo claramente la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo afirma que: «Por tanto, los presupuestos para el ejercicio del derecho de separación son los siguientes:... 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.»

De los hechos expuestos resulta que el socio hoy instante solicitó de la junta general la adopción del acuerdo de reparto de dividendo de la totalidad del beneficio obtenido. Resulta pues indiscutible la voluntad del socio de que existiese una distribución de beneficios como resulta de su posterior voto en contra su voluntad de no acomodarse a la propuesta de la mesa de destinar a tal fin el porcentaje de un 10%.

Como ha reiterado esta Dirección General en la materia que nos ocupa (resoluciones de 4 y 22 de diciembre de 2017, 8 de enero, 12, 13, 22 y 28 de febrero de 2018), el ejercicio del derecho de separación 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. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

3. Tampoco puede estimarse el motivo de recurso que se limita a afirmar que la sociedad debía atender a otras finalidades distintas del reparto de dividendo y que legalmente le son exigibles. En realidad, la sociedad no desarrolla el motivo, limitándose a formularlo pero sin explicar qué preceptos y en qué medida fundamentan su recurso.

Esta circunstancia por si sola bastaría para rechazar el motivo. Como ha reiterado en numerosas ocasiones esta Dirección General el socio que pretenda que, como consecuencia del ejercicio de separación, se designe experto independiente debe traer al expediente el conjunto de documentos de los que se derive la concurrencia de requisitos del artículo 348 bis *(vide* artículo 351.2 en relación al 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil). Por su parte y en lo referente a su negación, por sí sola no basta para justificar la oposición por lo que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no se reúnen los requisitos legalmente exigibles, 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).

Sin perjuicio de lo anterior, y con ánimo de no dejar sin contestación ninguno de los motivos opuestos por la sociedad, esta Dirección General lo desestima por no concurrir ninguna de las causas legales que impedirían la limitación del reparto del dividendo en los términos en que pretende la sociedad.

Ciertamente el artículo 348 bis, limita el supuesto de hecho a 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.»

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 ejerci-

cio 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.»

Por su parte el artículo 274.1 establece que: «1. 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.»

Nada de esto ocurre en el supuesto de hecho de modo que limite o anule la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Por un lado, y como resulta de los hechos, siendo el capital de la sociedad de 3.005.616,88 euros conforme al balance aprobado, la reserva legal asciende a la cantidad de 601.123, 38 euros. Dado que la reserva existente asciende a la cantidad de 409.588, 51 euros y que la sociedad destina el 10% del beneficio obtenido a dotarla, no existe limitación alguna para que todo o parte del resto sea destinado a la distribución del beneficio obtenido por medio de dividendo.

Tampoco existe limitación alguna por la existencia de pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores (199.636,91 euros), por cuanto existiendo un patrimonio neto que asciende a la cantidad de 3.659.396,10 euros, la cifra resultante de la minusvaloración de las pérdidas (3.459.759,19 euros), no cae por debajo de la cifra de capital social (3.005.616,88 euros), lo que hace innecesario destinar el beneficio a la compensación de aquellas como exige el transcrito artículo 273.2 de la Ley.

4. La sociedad argumenta que su disposición al acuerdo con el socio disidente impide tener por cumplida la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Tampoco es admisible el motivo. Como resulta de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (la citada sentencia 32/2006 de 23 enero), el ejercicio del derecho de separación depende exclusivamente de la voluntad del socio una vez que concurran los requisitos legalmente establecidos. Ejercitado el derecho y con el fin de determinar el crédito de separación (artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital), la Ley proporciona al socio la posibilidad de que acuda al registrador mercantil a fin de que designe experto independiente si no llega a un acuerdo con la sociedad.

Si las partes llegan a un acuerdo se satisfará el crédito de separación autorizándose la oportuna escritura de transmisión de participaciones sociales o de reducción de capital, previo pago de la cantidad acordada conforme a la previsión de los artículos 349, 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital.

Si no existe acuerdo y existe informe de experto independiente se procederá en la forma prevista en los artículos citados y en el artículo 356.2 para el caso de que sea precisa la consignación de la cantidad fijada por el experto.

El ordenamiento pues, contempla tanto la existencia de posible acuerdo entre las partes como su inexistencia, pero sin hacer depender el ejercicio de la facultad de solicitar designación de experto de requisito alguno. La mera presentación de la solicitud ante el registrador mercantil es prueba inequívoca de la voluntad del socio de que sea un experto independiente el que lleve a cabo la determinación del valor razonable. El ejercicio del derecho individual de separación suele ser la culminación de un periodo de conflicto entre el socio y la sociedad e incluso, cuando no es así, supone un evidente elemento de tensión entre las partes interesadas. Pretender que en esta situación la Ley imponga un periodo de conversaciones previas ni es conforme con su espíritu ni con su intención. Someter al socio que ejerce su derecho a un trámite no regulado en modo alguno, no lleva sino a la postergación del ejercicio de su derecho y a la sumisión a la voluntad de la sociedad que puede retrasar la satisfacción del socio sin causa que lo justifique. Quedaría así en manos de la sociedad el ejercicio de un derecho que el ordenamiento reconoce al socio sin que resulte para este, beneficio alguno.

En definitiva, el procedimiento de designación de experto independiente a que se refiere el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil debe tramitarse sin necesidad de exigir al solicitante que acredite la existencia de conversaciones o propuestas previas a la sociedad pues la mera presentación de la solicitud es prueba suficiente de la voluntad del socio que se separa de que sea un experto independiente el que lleve a cabo la determinación del valor razonable de su participación en la sociedad, de acuerdo al procedimiento que estime más conforme con la situación.

5. Finalmente la sociedad recurrente es consciente de que esta Dirección General no puede entrar a valorar la conducta del socio (como no puede entrar a valorar la conducta de la sociedad). Como esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones *(vide* resoluciones en materia de auditores de fechas 15 de julio y 19 de octubre de 2015, entre otras muchas), el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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 esta Dirección General de los Registros y del Notariado en materia del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital

de fechas 23 de octubre de 2017 y 26 de enero, 7, 12 y22 de febrero y 13 de marzo, 4 de mayo y 6 de junio de 2018).

No obsta a lo anterior las afirmaciones del escrito de recurso relativas a que el registrador dispone de los medios de prueba de los que, según la sociedad, se deriva el abuso de derecho. Dichas afirmaciones de parte no pueden ser tenidas en cuenta en un expediente administrativo como el presente limitado tanto por los medios de prueba como por su ámbito de conocimiento por implicar una valoración de la conducta de las partes que excede con mucho de su objeto.

De igual modo debe rechazarse la pretensión del escrito de recurso de que esta Administración haga dejación de su competencia, rechazando la solicitud del socio y derivando la cuestión a la jurisdicción civil. Como pone de relieve la sentencia 198/2018, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª: «2.1 La discrepancia sobre los presupuestos del artículo 348bis de la Ley de Sociedades de Capital no priva de competencia para la designación de experto independiente al Registrador Mercantil … No hay duda que el Registrador Mercantil es el órgano al que el legislador encomienda la designación de experto independiente … Función de designación que no es discrecional ni automática, sino que procederá «en los casos establecidos en la Ley», es decir, condicionada a la observancia de los requisitos legales y reglamentarios, tanto en cuanto a la legitimación del solicitante como en cuanto a la causa de la designación … No asumimos el parecer de la sentencia (antepenúltimo párrafo del fundamento cuarto) que reduce el ámbito de decisión del Registrador Mercantil a los casos en los que la sociedad no manifiesta ni su acuerdo ni su discrepancia. Además, si se reconoce que ello es así y, por ende, que no procede la estimación de la solicitud cuando del expediente no resulte aquella concurrencia, a pesar de la ausencia de oposición de la contraparte (RDGRN de 26 de septiembre de 2014), no se explica por qué no puede nombrarlo cuando considera que sí concurren, aunque se nieguen por la sociedad. 2.2. El nombramiento de experto por el Registrador Mercantil en caso de discrepancia sobre los presupuestos del artículo 348bis Ley de Sociedades de Capital no implica ejercicio de funciones jurisdiccionales…2.3 La designación registral de experto en caso de divergencia no implica merma de las garantías procesales…»

En definitiva, el registrador mercantil y esta Dirección en alzada, tiene atribuida legalmente (artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital), la competencia para determinar si por concurrir los requisitos previstos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital procede la designación de experto independiente, competencia que viene determinada por el objeto del procedimiento que viene limitado por el ámbito de conocimiento y por los medios de prueba admisibles y sin perjuicio de que la parte que lo estime conveniente acuda a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 4, don Alfonso Ventoso Escribano de fecha 20 de julio de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 noviembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 6 de noviembre de 2018 (2.ª)

En el expediente 154/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Montajes Eléctricos, Riegos y Varios, S.L.»

HECHOS

I

Don J.L.G. presentó un escrito de fecha 14 de febrero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 23 posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Montajes Eléctricos, Riegos y Varios, 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.

Fundamenta su solicitud en lo siguiente:

a) De acta autorizada por el notario de Pilas don José María Varela Pastor el día 11 de diciembre de 2017 resulta que la sociedad celebró junta general el día citado con la presencia del cien por cien del capital social. Que en dicha junta se aprobaron por mayoría social las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, y, en relación al segundo punto del orden del día relativo a la aplicación del resultado el presidente hizo constar la inexistencia de beneficios para repartir si bien se repartieron a lo largo del 2016 con cargo a reservas. La propuesta es aprobada por la mayoría con el voto en contra del representante del hoy solicitante.

b) El día 22 de diciembre de 2017, el hoy solicitante remite burofax a la sociedad, que lo recibió el día 2 de enero de 2018 por el que notifica el ejercicio del derecho de separación.

c) De la memoria incluida en las cuentas anuales aprobadas resulta una propuesta de aplicación del resultado de 170.032,51 euros a reservas. También resulta que durante el ejercicio 2016 se ha abonado a los socios un dividendo con cargo a reservas voluntarias por un importe global de 500.000 euros y que no existen limitaciones para la distribución de dividendos.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, resumidamente: 1.º Que la sociedad ha repartido dividendos con cargo al ejercicio 2016 cuyo importe es muy superior al fijado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, cuyos repartos contaron con el consentimiento del solicitante quien igualmente consintió que los beneficios del 2016 se destinasen a reservas. Que en fecha 7 de julio de 2016 la junta general universal acordó por unanimidad destinar 350.000 euros al reparto de dividendos a los socios con cargo a reservas voluntarias. Que en fecha 8 de noviembre de 2016 la junta general universal acordó por unanimidad, y tras el reparto realizado en julio, adelantar el reparto con cargo a la reserva voluntaria hasta un 70% de los beneficios y destinar el beneficio a reserva voluntaria. Que de lo anterior resulta con claridad que la totalidad de los socios acordaron el adelanto del reparto de beneficios y el destino posterior a reservas voluntarias. Que la junta general y universal de socios de 15 de diciembre de 2016 acordó el reparto de un dividendo de 150.000 euros con cargo a reservas voluntarias. Que en definitiva, en el ejercicio 2016 se distribuyó un dividendo muy por encima del previsto en la Ley pues como resulta de las cuentas anuales el beneficio ascendió a 170.032,51 euros y el reparto a cuenta ascendió a 500.000 euros. Que así resulta igualmente de la memoria de las cuentas anuales. 2.º Que la sociedad ha repartido grandes cantidades de dividendos desde el ejercicio 2011 en todos los casos con consentimiento del solicitante y que en concreto en el ejercicio 2016, como consecuencia del adelanto del reparto, se acordó destinar la totalidad del beneficio obtenido a dotar la reserva voluntaria. Así se acordó en la junta de 8 de noviembre de 2016 con el consentimiento del solicitante aunque después, en la junta de 12 de diciembre de 2017, su representante votase en contra. 3.º Que la actitud del solicitante es de claro abuso y obedece a una estrategia para forzar su salida de la sociedad en la que hasta la junta general de 11 de abril de 2017 todo se acordaba por unanimidad.

Trasladado el anterior escrito al solicitante, presentó escrito de alegaciones de fecha 12 de junio de 2018 en el que expone que la sociedad no cuestiona la concurrencia de los requisitos del artículo 348 bis, sino que fundamenta su oposición en la confusión entre el reparto de dividendos con cargo a reservas y el reparto de beneficios a que se refiere el precepto sin que exista límite en el hecho de que se hayan repartido dividendos anteriormente con cargo a reservas. Que no acepta el contenido de las actas aportadas por la sociedad. Que, tras una propuesta de adquisición de sus participaciones, fue convocado a una reunión de administradores que se celebró el 16 de noviembre de 2017 ante el notario don José María Varela Pastor en la que se pretendía que prestara su consentimiento a las cuentas en cuya memoria ya se contenía una propuesta de destino del beneficio a reservas voluntarias (en la misma memoria se recoge la entrega un dividendo a cuenta con cargo a reservas de 500.000 euros), pero que no contenía el preceptivo estado contable a que alude el artículo 277 de la Ley de Sociedades de Capital que resulta preceptivo para su validez. Que lo realmente relevante es que no se reparte el beneficio que correspondía. Que todo obedece a una estrategia de desgaste como ocurrió con la salida del anterior socio. Que en la junta general de 12 de diciembre de 2017, se aprobaron las cuentas anuales y la propuesta de aplicación con su voto en contra de donde resulta la concurrencia de los requisitos del artículo 348 bis. Que el reparto a cuenta en el ejercicio 2016 no constituyó reparto de dividendo a cuenta porque ni se informó de tal carácter ni se cumplen los requisitos del artículo 277 de la Ley de Sociedades de Capital. Que aunque se pretenda lo contrario no podría tener dicho carácter por ser muy superior al beneficio obtenido. Que niega que haya prestado el consentimiento al reparto de dividendo con cargo a reservas por lo que hay que estar a la literalidad del acta notarial que recoge los acuerdos de la junta general. Que

resulta inocuo que la sociedad haya estado repartiendo dividendos desde 2012. Que en cuanto al supuesto abuso de derecho es cuestión reservada a los tribunales de justicia.

III

El registrador mercantil de Sevilla n.º 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 9 de julio de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver 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 D.R.R y don J.S.G, como administradores mancomunados, por escrito de fecha 9 de agosto de 2018, que tuvo entrada el día siguiente 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 y añadiendo que de la documentación presentada resulta con claridad que la sociedad ha repartido dividendo en el ejercicio 2016 en cuantía muy superior a la prevista en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que resulta de extrema gravedad las afirmaciones del solicitante sobre la presenta fabricación de las actas de la sociedad. Que lejos de negar al socio el derecho al dividendo se le ha reconocido muy por encima de la exigencia legal por lo que en ningún caso se puede afirmar que haya existido renuncia alguna al dividendo. Que aunque la sociedad es consciente de la redacción actual del artículo 348 bis no lo es menos que los ejercicios anteriores deben servir de referencia y en concreto el de 2015 en el que se actuó de la misma forma con el consentimiento del solicitante. Que el registrador no debe desconocer las circunstancias que sostienen el evidente abuso de derecho del socio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Instado por un socio del registrador mercantil la designación de experto independiente con fundamento en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, como consecuencia de la aprobación de aplicación de resultado del ejercicio a reservas, la sociedad opone, en esencia, que durante dicho ejercicio se distribuyeron dividendos a cuenta por cantidad muy superior a la resultante de aquel precepto.

De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que efectivamente la sociedad acordó en sendas juntas generales la distribución, con cargo a reservas, de cantidades superiores al beneficio resultante del ejercicio. Resulta igualmente que, con posterioridad, la junta general, con la oposición del socio hoy solicitante, acordó que el beneficio obtenido se destinase íntegramente a reservas.

La sociedad recurrente entiende que como consecuencia del reparto de dividendo a cuenta del ejercicio 2016 y con cargo a la cuenta de reservas se excluye la ratio y supuesto contemplado en el artículo 348 bis. El solicitante por su parte entiende que no debe confundirse el reparto hecho con cargo a reservas del acuerdo de aplicación de resultado que excluye el pago de dividendo.

2. Procede la estimación del recurso al ser hechos indubitados, que el solicitante no sólo no niega sino que confirma que, durante el ejercicio a que se refiere la propuesta de aplicación del resultado se repartieron a cuenta del beneficio cantidades muy superiores a las que determina el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Del acta notarial traída al expediente por el propio solicitante resulta tanto la memoria de la que resulta el reparto de dividendos a cuenta como que la propuesta de aplicación de resultado a reservas se fundamenta precisamente en dicho reparto anterior. Lo anterior se corrobora por las actas de junta general traídas al expediente por la sociedad y de las que resulta, sin asomo de duda, el reparto en dos ocasiones de dividendos a cuenta del ejercicio y con cargo a reservas en cantidades que excluyen el supuesto de hecho del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Al respecto, 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).

En relación al supuesto contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, 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. A contrario, cuando resulta que la sociedad ha llevado a cabo el reparto del beneficio del ejercicio en términos tales que se satisface el interés de los socios y en los términos que resultan del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, no se produce el supuesto de hecho que fundamenta la solicitud al registrador de designación de experto independiente.

3. De la regulación legal resulta con absoluta claridad que el pago de los dividendos puede hacerse con cargo al beneficio del ejercicio corriente o con cargo a la cuenta de reservas; es decir, con cargo a beneficios no repartidos en ejercicios anteriores. Dispone así el artículo 273.1 de la Ley de Sociedades de Capital: «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…»

Por otro lado, la determinación de la aplicación a dividendo del beneficio del ejercicio puede llevarse a cabo una vez finalizado, al aprobarse las cuentas anuales y la propuesta de aplicación (artículo 273.1), como puede ser objeto de adelanto mediante el pago de dividendos a cuenta y con cargo (necesariamente), a la cuenta de reservas disponibles. Dispone así el artículo 277 de la Ley de Sociedades de Capital: «La distribución entre los socios de cantidades a cuenta de dividendos sólo podrá acordarse por la junta general o por los administradores bajo las siguientes condiciones: a) Los administradores formularán un estado contable en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución. Dicho estado se incluirá posteriormente en la memoria. b) La cantidad a distribuir no podrá exceder de la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio, deducidas las pérdidas procedentes de ejercicios anteriores y las cantidades con las que deban dotarse las reservas obligatorias por ley o por disposición estatutaria, así como la estimación del impuesto a pagar sobre dichos resultados.»

Esta es la situación que se ha producido en el supuesto de hecho. Como ha puesto de relieve la reciente resolución de 28 de febrero de 2018, resultando que se ha pagado un dividendo a cuenta superior al establecido legalmente, no se producirá el supuesto que legitima el ejercicio del derecho de separación pues, siendo el fundamento último de este la inexistencia de participación en el beneficio; de darse la participación en el beneficio en la cuantía legalmente prevista es indudable que no existe el interés que la norma trata de proteger ya se haya obtenido aquella por vía de acuerdo social (artículo 273.1), ya por vía del dividendo a cuenta (artículo 277 de la Ley de Sociedades de Capital).

4. Las alegaciones que de contrario llevó a cabo el solicitante no desvirtúan las anteriores conclusiones.

En primer lugar, porque la interpretación literal del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital no puede dejar de lado que existiendo reparto de dividendo a cuenta se cumple con la finalidad de la norma y se excluye su aplicación al quedar satisfecho el interés del socio minoritario, como no puede dejar de lado que en la misma junta general ordinaria en la que se aprobaron las cuentas anuales (cuya memoria advertía de la existencia de los dividendos a cuenta), el presidente advirtió de que no procedía distribución con cargo al beneficio precisamente porque había existido un previo reparto a cuenta con cargo a la cuenta de reservas, única respecto de la que cabe antes del cierre del ejercicio.

En segundo lugar, porque habiendo sido acordado el dividendo a cuenta por las juntas generales celebradas en el ejercicio 2016, como acredita la sociedad, y por unanimidad, no puede pretender el socio que se tengan tales acuerdos por nulos por inexistencia del preceptivo informe a que se refiere el artículo 277 de la Ley de Sociedades de Capital. 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 sin perjuicio del ejercicio de las acciones que correspondan (artículos 204 y siguientes de la propia Ley) y sin que la omisión del requisito de emisión del informe a que se refiere el artículo 277 pueda tener la trascendencia que pretende el socio habida cuenta de la aprobación por unanimidad de los socios del acuerdo de junta.

En relación con dicha circunstancia, la sociedad ha aportado al expediente copia de las respectivas actas de las juntas en las que se adoptaron los acuerdos de distribución de dividendo a cuenta. La aportación ha sido llevada a cabo por los administradores de la sociedad, a quienes corresponde la custodia del Libro de actas y la expedición de las certificaciones de su contenido (artículo 202 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil). El socio afirma que no reconoce dichas actas. 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 quien alegue la tacha de falsedad de la documentación presentada tiene abierta la vía jurisdiccional para alegar lo que en derecho convenga. No cabe en consecuencia que en el estrecho ámbito de este procedimiento se haga pronunciamiento alguno sobre la veracidad de la documentación aportada sin romper el principio de igualdad

entre las partes. Téngase en cuenta que la afirmación de que las actas no son ciertas es una mera afirmación de parte.

Si el socio considera que las actas aportadas carecen de autenticidad en su contenido 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. No se trata de contraponer el innegable carácter de instrumento público del acta notarial ni de condicionar o negar el conjunto de efectos que a las mismas reconoce el ordenamiento jurídico (artículo 1218 del Código Civil en relación al artículo 17 de la Ley del Notariado), sino de poner de manifiesto que, como resulta de las consideraciones anteriores, no existe en el expediente motivo alguno para poner en duda la autenticidad del contenido de las actas presentadas por los administradores de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Sevilla n.º 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 9 de julio de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 noviembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 6 de noviembre de 2018 (3.ª)

En el expediente 171/2018 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «M&R Precision Parts, S.L.».

HECHOS

I

Por resolución de fecha 25 de octubre de 2018, con entrada en este Ministerio el día 26 del mismo mes, la registradora mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez Meana-

Crespo, 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 las cuentas individuales del ejercicio 2017 de la sociedad «M&R Precision Parts, 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 1 de octubre de 2018, formulada por don ….., en su condición de apoderado y miembro del consejo de administración de la sociedad de la sociedad «M&R Precision Parts, S.L.», y que fue presentada en el registro mercantil de Barcelona el 3 de octubre de 2018, el requerimiento de la registradora mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez Meana-Crespo para solicitar, si se consideraba oportuno por el solicitante, el nombramiento de auditor conforme a lo dispuesto en el artículo 356 del RRM, ante la imposibilidad de su designación conforme al artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, la solicitud de nombramiento de auditor conforme al artículo 356 de Reglamento del Registro Mercantil de fecha 17 de octubre de 2018, formulada por don ….., en atención al requerimiento practicado, así como la resolución de fecha 25 de octubre de 2018 de la registradora mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez Meana-Crespo, resolviendo sobre la procedencia de tal nombramiento y elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud de nombramiento de auditor conforme al artículo 356 de Reglamento del Registro Mercantil de fecha 17 de octubre de 2018, formulada por don ….., en su condición de apoderado y miembro del consejo de administración de la sociedad «M&R Precision Parts, S.L.», y según manifiesta el interesado, resulta, en esencia, que:

1.º Que el auditor de cuentas «KPMG Auditores, S.L», inscrita en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas con el número S0702 y en el Registro Mercantil de Madrid, hoja M-188007, fue nombrado para auditar las cuentas consolidadas del grupo que encabeza la sociedad.

2.º Que hasta el ejercicio 2016 la sociedad no estaba obligada a la verificación de sus cuentas anuales por parte de un auditor de cuentas.

3.º Que la firma «KPMG Auditores, S.L.» ya ha finalizado la auditoría de las cuentas consolidadas del grupo que encabeza la sociedad relativas al ejercicio cerrado en fecha 31 de diciembre de 2017. En este sentido, en la presente fecha ya se han realizado procedimientos de revisión asociados a las cuentas individuales por parte «KPMG Auditores, S.L.», por lo que ya se ha completado, en su mayoría, la revisión de las cuentas anuales individuales por parte de dichos auditores de cuentas.

4.º Que la obligatoriedad de la sociedad de auditarse, deviene, principalmente, a consecuencia del ingreso de dos dividendos extraordinarios durante el mes de diciembre de 2017 por importe superior a los 10.000.000 de euros, motivo por el cual la sociedad pasó a cumplir los mínimos de auditoría obligatoria, de conformidad con la aplicación conjunta de los artículos 257 y 263 de la Ley de Sociedades de Capital.

5.º Que se concluye que es obligatoria la auditoría de las cuentas anuales y el informe de gestión, debido a que la sociedad ha reunido durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, las siguientes circunstancias: a) el importe total de las

partidas de activo supera los 2.850.000 euros y b) el importe neto de su cifra anual de negocios supera los 5.700.000 euros.

6.º Que la sociedad está legalmente obligada a formular cuentas anuales e informe de gestión individual, y las cuentas anuales e informe de gestión consolidado donde la sociedad es la cabecera del grupo. En este sentido, «KPMG Auditores, S.L.» ha realizado la auditoría de las cuentas anuales consolidadas del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2017, y en el contexto de dicha auditoría se han realizado procedimientos de auditoría específicos sobre la sociedad individual con un amplio alcance de lo que correspondería a una auditoría individual.

7.º En virtud de lo anterior, y en atención a las especiales circunstancias de la sociedad en relación con la necesidad de nombramiento de un auditor para auditar las cuentas individuales de la sociedad para el ejercicio 2017, solicita el interesado que se proceda al nombramiento de la sociedad «KPMG, Auditores, S.L.», como auditor de las cuentas anuales individuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017.

IV

Por su parte, la registradora mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez Meana-Crespo, resolvió con fecha 25 de octubre de 2018 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 las cuentas individuales del ejercicio 2017 de la sociedad en cuestión concurriendo las siguientes circunstancias excepcionales previstas en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil:

1.º Concurrencia de presupuestos reveladores de volumen económico significativo.

2.º La sociedad «M&R Precision Parts, S.L.» cuenta con que el trabajo de auditoría de las cuentas anuales consolidadas, y consiguiente informe de gestión, de los ejercicios 2015, 2016 y 2017, ha sido realizado por la firma «KPMG Auditores, S.L.», por lo que tanto el adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante, así como motivos económicos favorecerían esta solución.

3.º Que la sociedad filial «Industrial Metalcaucho, S.L.» ha depositado en el registro mercantil de Barcelona las cuentas correspondientes a los ejercicios 2015, 2016 y 2017, auditadas por la firma «KPMG Auditores, S.L.».

4.º Que la sociedad filial «Servicio y Tecnología del Caucho, S.L. ha depositado en el registro mercantil de Barcelona las cuentas correspondientes a los ejercicios 2016 y 2017, auditadas por la firma «KPMG Auditores, 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 llevadas 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, entre las que destaca que, finalizado el ejercicio 2017, la sociedad cumplía los requisitos que, de conformidad con el artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital, comportan la obligación de auditar las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017, sin que la junta haya nombrado auditor de cuentas.

3. Por su parte, la registradora mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez Meana-Crespo, resolvió con fecha 25 de octubre de 2018 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 la registradora mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez Meana-Crespo, de fecha 25 de octubre de 2018, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor por cuanto concurren, presupuestos reveladores volumen económico significativo, así como la conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales individuales de la sociedad peticionaria del ejercicio 2017 –ya iniciada según se expresa– sea hecha por la misma auditora que ha sido nombrada para la verificación de las cuentas anuales consolidadas del grupo de la peticionaria, 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 «M&R Precision Parts, S.L.», a fin de que verifique las cuentas anuales individuales correspondientes al ejercicio 2017, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registro mercantil de Barcelona VII al nombramiento de la mercantil «KPMG, Auditores, S.L.», con inscripción en el ROAC número S0702 –según resulta del expediente–, como auditor de las cuentas anuales individuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Barcelona VII 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, 6 de noviembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 6 de noviembre de 2018 (4.ª)

En el expediente 157/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de socios de «Suministros y Técnicas del Automóvil, S.A.»

HECHOS

I

Doña M.D.B.L., y doña M.D.G.B., doña R.G.B., doña I.G.B., y doña B.G.B., (representada esta por su hermana, la anterior citada doña R.G.B.), conjuntamente, presentaron un escrito de fecha 25 de junio de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que solicitaron, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socias de «Suministros y Técnicas del Automóvil, S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

Fundamentan su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la sociedad celebro junta general ordinaria el día 29 de junio de 2017 con la asistencia del cien por cien del capital social en cuyo orden del día constaba la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 y la aprobación de la aplicación del resultado. Que aprobadas las cuentas y resultando un resultado positivo del ejercicio, se procedió a la aprobación de la propuesta del consejo de administración consistente en aplicar la totalidad del resultado a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores. Resulta

del acta que las hoy solicitantes se opusieron a la propuesta proponiendo un reparto de dividendos votando a favor de su propuesta que fue rechazada por el 60% restante.

De las cuentas aprobadas resulta que el ejercicio 2016 se cerró con un resultado positivo de 29.264,08 €. Que el capital social ascendía a la cantidad de 72.120 €, la reserva legal y otras estatutarias a 14.424,45 €, las reservas voluntarias a 1.474.495,04 € y las pérdidas acumuladas a 977.228,26 €. De la memoria resulta que el resultado obtenido se destinará, según la propuesta del órgano de administración, a la compensación de pérdidas anteriores.

b) Mediante acta notarial autorizada por el notario de Sevilla don Javier Feas Costilla el día 25 de julio de 2018, las hoy solicitantes notificaron a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación lo que se llevó a cabo mediante la diligencia de fecha 26 de julio del mismo año.

c) La sociedad se opuso a la pretensión de las solicitantes mediante escrito del presidente del consejo de administración remitido por burofax.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que como resulta con toda claridad del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital no resulta el derecho de separación pues el sentido del voto de las solicitantes fue contrario de la propuesta de aplicación del resultado siendo así que el precepto exige el voto favorable a la distribución del beneficio, requisito que no se produce. Que la sociedad adoptó un acuerdo de absoluta responsabilidad al destinar el beneficio a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores y las solicitantes ponen en peligro la supervivencia de la empresa mediante un ejercicio abusivo. Que la sociedad ya notificó, mediante el burofax a que se ha hecho referencia anteriormente, que no reconocía el derecho de separación al no votar a favor de la propuesta y porque al haberse producido la vacante del secretario del consejo no existía forma de convocar consejo siendo precisa la previa convocatoria de junta. 2.º Que el discernimiento y discusión sobre si a las mencionadas accionistas les corresponde derecho de separación es cuestión que debe quedar atribuida al orden jurisdiccional puesto que la sociedad niega su existencia y carece sentido designar experto sino existe derecho de separación. Que el registrador carece en consecuencia de competencia.

Las señoras instantes, por escrito de fecha 25 de junio de 2018, presentan alegaciones en el sentido de que de la documentación presentada resulta indubitadamente que se opusieron a la propuesta de aplicación del resultado proponiendo la distribución de beneficios lo que fue rechazado por la mayoría social. Que así resulta del acta de la junta general aportada. Que de la contabilidad social resultan reservas más que suficientes para compensar las pérdidas acumuladas y que hacen que el patrimonio neto sea muy superior al capital social.

Con posterioridad y mediante escrito de fecha 10 de julio de 2018, el presidente del consejo de administración de la sociedad notifica al Registro Mercantil que ha recibido burofax de las interesadas por el que se insta la intervención de árbitro de conformidad con el artículo 21 de los estatutos sociales que prevé su intervención para dilucidar las cuestiones que se produzcan entre los socios y la sociedad. Que dicho escrito, que se acompaña, afirma que si no se logra un acuerdo se entablaran las acciones jurisdiccionales correspondientes. Que con la finalidad de que no se produzcan dos actuaciones simultáneas se produce la solicitud de desestimación de las solicitantes o que expresamente se afirme que cabe la simultaneidad de ambos procedimientos lo que resulta muy dudoso.

III

El registrador mercantil de Sevilla n.º 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 8 de agosto de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las acciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don M.G.C., como presidente del consejo de administración, por escrito de fecha 20 de agosto de 2018, que tuvo entrada el día 22 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que la resolución no entra a conocer de todas las cuestiones planteadas, concretamente no valora la vía abierta por las socias en el sentido de poner en funcionamiento un procedimiento arbitral contradictorio con el que se ha seguido ante el Registro Mercantil. 2.º Que la disposición final primera de la Ley 9/2015 suspendió la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital hasta el día 31 de diciembre de 2016 por lo que hay que entender que se reconoce el derecho de separación para ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2017 lo que excluye el ejercicio del derecho de separación para el ejercicio 2016 como reconoce la doctrina que cita. 3.º Que la interpretación del precepto exige una participación activa del socio que debe poner de manifiesto su voluntad de que se proceda al reparto de dividendos y en qué cuantía. Que el artículo exige que el socio vote a favor de la propuesta de distribución del beneficio y que cuando no conste tal exigiría no sólo que votara en contra, sino que dejara constancia de su pretensión a favor del reparto salvando así su voto (con cita de sentencia de un juzgado de lo mercantil). Que las socias no hicieron constar nada de manera expresa e indubitada en relación con la propuesta de cuantificación de la cantidad a repartir, ni hicieron constar su reserva de oposición al acuerdo ni tuvieron, en suma, la postura activa que exige la norma. Que el orden del día estaba abierto pues se limitaba a la «Aplicación del resultado del ejercicio 2016». Que las socias se limitaron a votar en contra y no ejercitaron el derecho contemplado en el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital al complemento de convocatoria por lo que cabe plantearse si no fue sino una táctica sorpresiva que tenía la intención de ocultar las verdaderas intenciones de las solicitantes y provocar la destrucción de la empresa. Que la sentencia citada de la Audiencia de Barcelona de 26 de marzo de 2015 nada tiene que ver con el supuesto de hecho. Que la cuestión debe resolverse en el ámbito jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción declarativa de separación pues se está prejuzgando por parte del Registro Mercantil la cuestión principal. Que es preciso insistir en la pretensión de las interesadas en instar un procedimiento arbitral o judicial que pudiese solaparse con el seguido ante el Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Un conjunto de socias de una sociedad anónima (que ostentan acciones de forma individual, en condominio y en nuda propiedad y usufructo), instan de modo conjunto el procedimiento de designación de experto independiente como consecuencia del ejercicio del derecho de separación a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador estima la solicitud y desestima la oposición de la sociedad quien recurre en alzada ante esta Dirección General.

2. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los distintos motivos alegados por la sociedad puede enervar la circunstancia de que concurren el conjunto de requisitos que determinan la posibilidad de designación de experto a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Alterando el orden en el que el escrito de recurso presenta sus motivos de recurso, procede analizar en primer lugar una cuestión que, de apreciarse, haría innecesario el análisis del resto de motivos. Alega la sociedad que la resolución del registrador mercantil no hace referencia a la cuestión señalada por su escrito de fecha 10 de julio de 2018 y que hace referencia a la existencia de una notificación de las instantes sobre la iniciación de un procedimiento de arbitraje o, en su defecto, jurisdiccional. Con carácter previo la sociedad había alegado que, oponiéndose a la existencia del derecho de separación, la cuestión debía ser resuelta en el ámbito jurisdiccional.

La cuestión, así planteada, ha sido objeto de reiterado análisis por parte de esta Dirección General de los Registros y del Notariado. Al respecto, tiene declarado este Centro Directivo *(vide* las resoluciones de 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y las resoluciones de 8 y 22 de enero, 13 y 22 de febrero, 13 y 26 de marzo y 4 de mayo de 2018), 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» (artículo 16.2 del Código de Comercio), 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 (artículo 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 (artículo 346 y 347 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (artículos 169 y 171), ya para reducir el capital social (artículos 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 (artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 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 imbricación en el orden 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 1ª, 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.

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 (artículo 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).

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017 que afirma lo contrario, pero existen pronunciamientos adversos como la sentencia de 26 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla de la que, para un supuesto sustancialmente idéntico, resulta la conclusión contraria.

Además, la citada sentencia ha sido revocada por la de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª,198/2018 de 28 de marzo, al establecer lo siguiente: «La discrepancia sobre los presupuestos del artículo 348bis de la Ley de Sociedades de Capital no priva de competencia para la designación de experto independiente al Registrador Mercantil … No hay duda que el Registrador Mercantil es el órgano al que el legislador encomienda la designación de experto independiente … Función de designación que no es discrecional ni automática, sino que procederá «en los casos establecidos en la Ley», es decir, condicionada a la observancia de los requisitos legales y reglamentarios, tanto en cuanto a la legitimación del solicitante como en cuanto a la causa de la designación … No asumimos el parecer de la sentencia (antepenúltimo párrafo del fundamento cuarto) que reduce el ámbito de decisión del Registrador Mercantil a los casos en los que la sociedad no manifiesta ni su acuerdo ni su discrepancia. Además, si se reconoce que ello es así y, por ende, que no procede la estimación de la solicitud cuando del expediente no resulte aquella concurrencia, a pesar de la ausencia de oposición de la contraparte (RDGRN de 26 de septiembre de 2014), no se explica por qué no puede nombrarlo cuando considera que sí concurren, aunque se nieguen por la sociedad. 2.2. El nombramiento de experto por el Registrador Mercantil en caso de discrepan-

cia sobre los presupuestos del artículo 348bis Ley de Sociedades de Capital no implica ejercicio de funciones jurisdiccionales…2.3 La designación registral de experto en caso de divergencia no implica merma de las garantías procesales…»

3. Establecida la competencia del registrador mercantil para llevar a cabo la designación de experto aun cuando exista oposición de la sociedad es preciso ahora analizar la trascendencia que en el expediente administrativo puede tener la existencia de un procedimiento arbitral o jurisdiccional sobre la misma cuestión.

Esta Dirección ha reiterado que el registrador debe suspender el ejercicio de su competencia si se le acredita debidamente que la cuestión que constituye el objeto del expediente está siendo objeto de conocimiento por los Tribunales de Justicia. Así lo ha afirmado la doctrina elaborada por esta Dirección en sede de recursos contra la designación de auditor a instancia de la minoría (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), cuando afirma que procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial su legitimación en cuanto constituye la base sobre la que se ejercita el derecho (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 ella. 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.

Así lo entiende expresamente la reciente Ley 15/2015, de 2 julio, de Jurisdicción Voluntaria cuando afirma en su artículo 6.3: «Se acordará la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle, debiendo tramitarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.».

Y así lo confirma la anterior sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia a que se ha hecho referencia cuando afirma: «En cuanto a la hipótesis que plantea la sentencia (que un procedimiento sobre el derecho del art 348bis que llegara a una solución distinta al registrador sobre la concurrencia de los requisitos del derecho de separación), ello no es algo ajeno a los procedimientos de jurisdicción voluntaria), pudiendo servir de pauta interpretativa lo previsto en el art 19.4 LJV, así como en los casos de tramitación simultánea (art 6LJV), habiendo ya contemplado la propia DGRN (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 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), casos de suspensión del procedimiento registral (vgra. cuando se está discutiendo en vía judicial la

condición de socio o porcentaje de participación en el capital social), que entendemos aquí trasladables.»

Como resulta del propio artículo 6.3 citado es preciso tanto la acreditación de la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso como que la resolución judicial que recaiga pueda afectar al objeto del expediente de jurisdicción voluntaria. Cualquier otra contienda entre las partes no altera la marcha del expediente sin perjuicio de las consecuencias que, en su caso, se deriven de las resoluciones judiciales que de ellos se deriven.

De este modo, no procede la suspensión del procedimiento por la mera afirmación de que existe oposición de la sociedad ni tampoco si la parte se limita a afirmar que va a entablar acción o si afirma, pero no acredita, la existencia de un procedimiento judicial cuya resolución pueda afectar al contenido del expediente 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 materia de recursos contra la designación de auditor a instancia de la minoría).

Así ocurre en el expediente que da lugar a la presente. La sociedad afirma que se opone tajantemente a la existencia del derecho de separación por parte de las socias así como afirma que ha recibido un escrito en el que estas solicitan la iniciación de un procedimiento arbitral o, en su defecto, jurisdiccional. La sociedad ejercita así el derecho de oposición que le reconoce el ordenamiento jurídico en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, pero su oposición, que es el trámite legalmente previsto para que fije su postura, ni impide la tramitación del expediente ni implica su suspensión al no resultar acreditado ni la existencia de un procedimiento arbitral o jurisdiccional ni que la resolución que pueda recaer afecte a la presente.

Procede la desestimación del motivo de recurso pues, aunque es cierto que la resolución del registrador mercantil no entró en la alegación de la parte, queda la misma rechazada en virtud de la presente salvaguardando así su derecho de defensa.

4. La sociedad recurrente afirma que entrando en vigor el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital el día 1 de enero de 2017 no procede su aplicación al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2016.

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 ter-

cio 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), 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.

Procede la desestimación del motivo.

5. Por último, la sociedad entiende que no procede la designación de experto porque las socias no tuvieron una actitud activa en el desarrollo de la junta en la que se resolvió sobre la aplicación del resultado. El escrito de recurso llega a afirmar, en clara contradicción con el contenido del acta de la junta, que las socias se limitaron a votar en contra de la propuesta de aplicación cuando resulta con absoluta claridad que propusieron, sin éxito, que la junta acordara la distribución del beneficio.

El nacimiento del derecho de separación depende exclusivamente de la concurrencia de los requisitos legales exigidos por la norma que lo ampara. Como afirma la sentencia 32/2006 de 23 enero de nuestro Tribunal Supremo a que se ha hecho referencia anteriormente, el derecho de separación: «Nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (artículo 54.3 LSRL), que no es necesaria cuando sea notarial (art. 55.1 y 2 de la misma Ley) y no requiere que la sociedad lo acepte.» Es la adopción del acuerdo previsto en la norma y la oposición del socio el conjunto de hechos de los que nace el derecho de separación sin que pueda este supeditarse a otros no contemplados en el ordenamiento.

Con el fin de evitar la doctrina expuesta, la sociedad recurrente pretende llevar a cabo una interpretación del precepto que le lleve a afirmar lo contrario a lo que dice al pretender que es necesario que las socias disidentes hayan adoptado una actitud activa en la junta en la que se adoptó el acuerdo, actitud que, a su juicio, debía traducirse en una propuesta sobre distribución del dividendo.

El intento es vano pues los efectos que produce el ejercicio del derecho de separación son idénticos cualquiera que sea el supuesto en que se ampare *(vide* artículos 348 y 353 a 359 de la Ley de Sociedades de Capital), como

idéntica es la ausencia del requisito de adoptar una actitud distinta de la mera oposición. Como afirma la reiterada sentencia 32/2006 de 23 enero del alto Tribunal, el órgano responsable de elaborar la propuesta: «…habría que pensar se ha estudiado y meditado atentamente antes de proponer y de acordar la mutación de la que traen causa las actuaciones…»

Las anteriores conclusiones se ven confirmadas por el contenido de la sentencia 81/2015 de 26 marzo de la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que la sociedad sencillamente ignora. Es cierto que dicha sentencia afirma que: «En cualquier caso, entendemos que el socio minoritario que vota en el sentido exigido por la norma y que manifiesta expresamente su intención de ejercitar el derecho de separación por entender que los dividendos son insuficientes, no puede verse perjudicado por una norma confusa, de reciente incorporación a nuestro Ordenamiento, que en una interpretación estrictamente gramatical puede llevar a situaciones absurdas.», pero no lo es menos que la propia sentencia, siguiendo claramente la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo afirma que: «Por tanto, los presupuestos para el ejercicio del derecho de separación son los siguientes:... 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.»

De los hechos expuestos resulta que la junta general votó a favor de la propuesta de la administración de destinar la totalidad del beneficio a compensar pérdidas y que las socias que ejercitan su derecho de separación votaron en contra de la propuesta y a favor de la distribución del dividendo. Como ha reiterado esta Dirección General en la materia que nos ocupa (resoluciones de 4 y 22 de diciembre de 2017, 8 de enero, 12, 13, 22 y 28 de febrero de 2018), el ejercicio del derecho de separación 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. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

Y así ocurre indubitadamente en el supuesto que da lugar a la presente. Afirma la sociedad que siendo el orden del día completamente abierto al contemplar la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado nada impedía a las socias haber actuado activamente. La afirmación es insostenible y no sólo porque, como ha quedado expuesto, las socias solicitaron y no obtuvieron la aprobación de reparto de dividendos sino porque la propuesta de aplicación del resultado, como resulta de la memoria de las cuentas aprobadas en el punto primero del orden del día, establecía de forma indubitada el destino de compensación de pérdidas de periodos anteriores.

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 (artículos 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.

Es cierto que tratándose de una sociedad anónima las socias podían haber ejercitado el derecho de ampliación del orden del día a que se refiere el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital, pero precisamente por tratarse de un derecho potestativo, el hecho de que no fuera ejercitado no priva a las hoy solicitantes del derecho reconocido en el artículo 348 bis de la misma Ley.

La sociedad afirma que quizás de este hecho pueda resultar una estrategia oculta de las socias para desestabilizar a la sociedad. Dicha cuestión no puede ser objeto de conocimiento en un procedimiento como el presente limitado por sus medios como por su ámbito tal y como se reflejó al principio de la presente.

Como resulta de los artículos 363.1 y 351.2 del Reglamento del Registro Mercantil deben aportarse, como base del procedimiento de designación de experto independiente, los documentos que justifiquen su pertinencia. La sociedad por su parte solo puede enervar la designación, aportando al expediente los documentos que acrediten que no procede (artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil). Quedan en consecuencia fuera del procedimiento cualesquiera otras afirmaciones de parte que tengan por objeto desvirtuar el hecho de que de la documentación presentada resulte el conjunto de requisitos legalmente exigidos para que se declare la procedencia de la designación del experto. Las alegaciones que al respecto puedan llevarse han de ser llevadas a cabo ante la autoridad jurisdiccional competente sin que tengan relevancia en el estrecho ámbito de este expediente limitado tanto por su objeto como por sus medios de prueba.

En definitiva, si la sociedad considera que de las circunstancias que estima relevantes o de la conducta de las partes existen motivos suficientes para que por la autoridad judicial se modere o alteren las consecuencias que de la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital puedan derivarse debe hacerlo en el procedimiento judicial que corresponda. Lo que no puede pretender es que esta Dirección desvirtúe el contenido de este procedimiento más allá de lo que constituye su objeto y finalidad.

Procede, en fin, la desestimación del motivo y con él del recurso planteado ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla n.º 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 8 de agosto de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 noviembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 15 de noviembre de 2018

En el expediente 156/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Combustibles Villamanrique, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 20 de marzo de 2018, 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 «Combustibles Villamanrique, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicha solicitud fue notificada a la sociedad por resolución de 20 de marzo para que formulare oposición al nombramiento si lo estimaba oportuno.

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito de 12 de abril de 2018 suscrito por don …..., administrador único de la sociedad, presentado el día siguiente en el Registro Mercantil de Sevilla, alegando que «el socio que solicita la auditoría no tiene el mínimo legalmente exigible para la acción que pretende, y miente cuando dice que posee el 30% del capital, como demostraremos con el acta de la Junta General en la que se aprueba la nueva composición del capital cuyo detalle también adjuntamos y en el que se puede ver que su porcentaje es de solo el 1,36%. Se adjunta también copia de la escritura donde se recogen la disminución y posterior aumento aprobado en Junta General, cuyo original se haya depositado en ese registro para su inscripción».

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución de fecha 11 de julio de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado por el socio minoritario al no constar inscrita la escritura de elevación de acuerdos sociales por la que se aumenta el capital social al haber sido calificada defectuosa, calificación que no ha sido ni subsanada ni recurrida.

IV

Don ….., administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 17 de agosto de 2018, que tuvo entrada el día 21 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 citado no ha tenido acceso al Registro Mercantil al «hallarse por el Sr. Registrador en su calificación defecto subsanable».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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 General 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). Resulta del presente expediente la existencia de los acuerdos de la Junta General extraordinaria de 30 de junio de 2016 por la que se acuerda la reducción y aumento de capital de la sociedad, la certificación emitida por el administrador único el 20 de octubre de 2016, así como la escritura pública que documente y eleve a público los acuerdos contenidos en el acta a que se refiere el recurrente en fecha 25 de julio 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 –no resultando del expediente, como ya se ha dicho, la existencia de escritura pública que documente y eleve a público los acuerdos contenidos en el acta– 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 (artículo 21 del Código de Comercio). Sólo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es exacto y válido (artículo 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 (artículo 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». Por su parte, el artículo 203.2 de la Ley de Sociedades de Capital, dispone que «el acta notarial no se someterá a trámite de aprobación, tendrá la consideración de acta de la junta y los acuerdos que consten en ella podrán ejecutarse a partir de la fecha de su cierre»; en el mismo sentido, el artículo 103 Reglamento del Registro Mercantil, al señalar que «1. La diligencia relativa a la reunión, extendida por el Notario en el propio acto o, ulteriormente, en su estudio con referencia a las notas tomadas sobre el lugar, no necesitará aprobación, ni precisará ser firmada por el Presidente y el Secretario de la Junta. 2. El acta notarial tendrá la consideración de acta de la Junta y, como tal, se transcribirá en el Libro de actas de la sociedad». Si bien, en el caso que motiva la presente, no resulta del expediente la existencia de escritura pública que documente y eleve a público los acuerdos contenidos en el acta, lo cierto es que, con arreglo a los preceptos transcritos, el acta notarial no se someterá a trámite de aprobación, tendrá la consideración de acta de la junta y los acuerdos que consten en ella podrán ejecutarse a partir de la fecha de su cierre; siendo, por tanto, el acuerdo, plenamente ejecutable.

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 (artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital), y legitima para ejercitar los derechos inherentes a la misma (artículo 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 (artículo 34 de la propia Ley), o de la responsabilidad que de dicha circunstancia derive hacia los administradores (artículo 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 (artículo 104 de la Ley), y el ejercicio de los derechos inherentes a esta condición: derecho al dividendo (artículo 275), a la

cuota de liquidación (artículo 392), al de asunción o suscripción preferente (artículo 304), al de asistir (artículo 179), y votar (artículo 188), en las juntas generales, así como el de obtener información (196 y 197 de la Ley), e impugnar los acuerdos sociales (artículo 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 (artículo 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 con 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).

3. De acuerdo con lo dispuesto en el ya citado artículo 202: «3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten». Esto es, desde el momento de su ejecución el acuerdo social despliega sus efectos y los socios pueden actuar en consecuencia, por tanto, se considera que, igualmente, la socia no sería ya titular de participaciones en número suficiente para solicitar, tal como ha hecho, el nombramiento de auditor que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

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 o, como es el caso, lo sigue siendo, pero en un número de participaciones insuficientes que legitimen su petición *(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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, de fecha 11 de julio de 2018, por la que acordaba proceder al nombramiento de auditor para el ejercicio 2017, desestimando la oposición de la sociedad.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa 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 noviembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 22 de noviembre de 2018 (1.ª)

En el expediente 158/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Conex Levante, S.L.»

HECHOS

I

Don F.R.B.G. presentó un escrito de fecha 23 de febrero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 26 de marzo 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 «Conex Levante, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que a semejanza de los ejercicios anteriores la sociedad tiene designado auditor voluntario por acuerdo del consejo de administración y al igual que en ejercicios anteriores y no estando la sociedad obligada a verificar cuentas no es precisa la inscripción en el Registro Mercantil. 2.º Que al igual que ocurrió en un anterior expediente se solicita la suspensión del procedimiento hasta que se aporte el oportuno informe de verificación.

Observados ciertos defectos por parte del registrador mercantil, se ofició a la sociedad a fin de que los subsanara lo que se llevó a cabo por medio de escrito de fecha 7 de mayo de 2018.

A la vista del contenido de la solicitud y por medio de escrito de fecha 10 de mayo de 2018, el registrador mercantil nuevamente ofició a la sociedad a fin de que acreditara el nombramiento del auditor y a fin de que garantizase la satisfacción del interés del socio.

La sociedad contestó por medio de escrito de fecha 31 de mayo de 2018 acompañando certificado de los acuerdos del consejo de administración en fecha 30 de noviembre de 2017 así como copia de la carta de encargo y propuesta de honorarios para la verificación de las cuentas de la sociedad del ejercicio 2017. A lo anterior añade que el informe de auditoría no está finalizado y la sociedad está en plazo para la convocatoria de la junta, momento en el que debe ponerse a disposición de los socios.

Por escrito de fecha 7 de junio de 2018 el registrador mercantil solicitó la subsanación de determinadas deficiencias observadas en el escrito anterior y documentación que lo acompañaba.

Verificado lo anterior y por escrito de 2 de julio de 2018 el registrador mercantil requirió de nuevo a la sociedad para que acreditase que se había garantizado el interés del socio.

La sociedad contesta al anterior por medio de escrito de fecha 23 de julio de 2018 en el que reitera que no estando la sociedad obligada a la verificación contable la inscripción en el Registro Mercantil no es preceptiva. Que la junta general ordinaria será válida, aunque se célebre fuera del plazo establecido en el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital. Que sólo a partir de la convocatoria de la junta surge el derecho de los socios a obtener la copia del informe de auditoría. Que será entonces cuando se ponga a disposición de los socios el citado informe.

III

El registrador mercantil de Valencia n.º 1, don Rodolfo Bada Mañó dictó resolución en fecha 30 de julio de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don M.V.R., actuando de representación de la sociedad por escrito de fecha 3 de septiembre de 2018, 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 a los que añade que la sociedad ha recibido un requerimiento notarial (que acompaña), en el que el socio promotor de este expediente y otro más requieren a la sociedad para que se convoque la junta general con un orden del día que incluye la aprobación de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2016 y 2017, añadiendo que la sociedad ha contestado en el sentido de que procederá a la convocatoria de junta en el plazo de dos meses desde la recepción del requerimiento de donde resulta que se ha cumplido con el deber de información al socio sobre el informe de auditoría que se realizará en el ámbito de la junta que se celebrará. Que insiste en el hecho de que hasta que no haya convocatoria de junta general no existe obligación de poner a disposición de los socios el informe de auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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. Solicitado por un socio de sociedad de responsabilidad limitada la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital la sociedad se opone en los términos que quedan explicados en los hechos. La sociedad alega que tiene designado auditor voluntario, que no tiene obligación de proceder a su inscripción y que pondrá a disposición de los socios el informe de auditoría cuando se lleve a cabo la convocatoria de la junta general. Del expediente no resulta ni la inscripción en el Registro Mercantil del auditor designado, ni la aportación al mismo del informe de auditoría ni el hecho de que efectivamente lo haya puesto a disposición del socio solicitante.

Es reiterada la doctrina de esta Dirección, que el recurrente conoce, (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 y 17 de junio de 2014 entre otras muchas), que afirma 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 expediente que da lugar a la presente no se cuestiona la existencia de auditor voluntario por parte del registrador mercantil que acepta la documentación aportada por la sociedad.

No ocurre lo mismo con el requisito relativo al aseguramiento del interés protegible. En el supuesto de este expediente aun 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. Más bien resulta una voluntad deliberadamente opuesta a su cumplimiento.

Es 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 (artículo 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

Alega la sociedad que sólo surge la obligación de poner a disposición de los socios el informe de auditoría al tiempo de la convocatoria de la junta general conforme al artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital. Siendo cierto lo anterior no lo es menos que el objeto de este expediente es garantizar que el interés del socio en que se lleve a cabo la auditoría de las cuentas del ejercicio 2017, cuestión distinta a la obligación general derivada del contenido del artículo 272. No se trata ahora de cumplir con la obligación general de poner a disposición de los socios el informe de auditoría realizado, cuestión que es común a cualquier tipo de sociedad, obligada o no a verificar, y que se integra en el conjunto de obligaciones derivadas del derecho de información. Ahora se trata de salvaguardar un interés concreto y específico: el del socio instante a que se lleve a cabo la auditoría de ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2017. Y la sociedad no ha conseguido acreditar en modo alguno que está en condiciones de acreditar tal salvaguarda. Más bien al contrario. De los hechos resulta que la junta general ordinaria de los ejercicios 2016 y 2017 no se ha llevado a cabo. La sociedad no ha justificado en ningún momento ni la existencia del informe de verificación ni su puesta a disposición del socio en concreto que inicia este expediente.

Así las cosas procede la desestimación del recurso, que el registrador mercantil designe auditor y que proceda a la inscripción en el Registro Mercantil de conformidad con el artículo 358.2 del Reglamento del Registro Mercantil de modo que, ahora sí, se garantice el interés del socio y se impida, de conformidad con la previsión del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital, que se puedan depositar las cuentas anuales del ejercicio sin que a las mismas se acompañe el preceptivo informe de auditoría.

No procede en ningún caso la suspensión del procedimiento pues la sociedad ha tenido sobradas oportunidades de cumplir con las obligaciones que resultan de los sucesivos requerimientos llevados a cabo por el registrador mercantil. En aquellos supuestos en que esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha suspendido el procedimiento al amparo del artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ha sido porque no había existido el requerimiento previo del registrador mercantil cursado al amparo del artículo 87 de la misma ley.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia n.º 1, don Rodolfo Bada Mañó de fecha 30 de julio de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 noviembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 22 de noviembre de 2018 (2.ª)

En el expediente 159/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Dominio de la Vega, S.L.»

HECHOS

I

Doña M.E.V.P. presentó un escrito de fecha 30 de julio de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Dominio de la Vega, 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.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la junta general de socios de la sociedad acordó en su reunión celebrada el día 13 de mayo de 2017 la modificación del artículo 6 de los estatutos en cuanto al régimen de transmisión de las participaciones sociales lo que constituye causa para el ejercicio del derecho de separación de conformidad con el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital.

Se acompaña el texto de la convocatoria para dicha junta general que, en lo que interesa a la presente, dice así: «Cuarto. Propuesta de modificación del artículo 6 de los estatutos sociales al objeto de establecer un derecho de adquisición preferente a favor del socio en las transmisiones de participaciones entre socios, con revocación del acuerdo adoptado sobre este particular en la junta general celebrada el pasado 25 de mayo de 2016.»

b) Que el día 6 de junio de 2017 le fue remitida por conducto notarial comunicación del consejo de administración en el que se ponía en su conocimiento que se había adoptado la decisión de dirigir comunicación escrita a cada uno de los socios que se habían opuesto al acuerdo de conformidad con la previsión del artículo 348 de la Ley de Sociedades de Capital.

Se acompaña copia de dicha notificación que en lo que ahora interesa dice así: «Todo ello es a los efectos de preservar el derecho del socio que no voto a favor del acuerdo, de ejercer, si así le conviniera, el derecho de separarse de la sociedad; derecho que deberá ejercitarse en el plazo de un mes …»

c) Que en ejercicio de su derecho notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación (se acompaña el escrito), si bien recibió otra notificación del consejo de administración en el que se le comunicaba que no se daban las circunstancias precisas para su ejercicio por cuanto el acuerdo adoptado el día 13 de mayo de 2017 no tenía otro objeto que subsanar uno previo acordado el día 25 de mayo de 2016.

Se acompaña copia de ambos escritos.

d) Que los intentos para alcanzar un acuerdo con la sociedad han resultado infructuosos pese a que se dan los requisitos precisos para el nacimiento y ejercicio del derecho de separación.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el art 346 de la Ley de Sociedades de Capital exige para el ejercicio del derecho de separación que el socio no haya votado a favor del acuerdo adoptado. Que la socia había votado a favor del acuerdo en la junta general de 25 de mayo de 2016 por lo que carece de la facultad de ejercer el derecho de separación. Que en dicha junta la única socia que votó en contra es persona distinta de la que ahora lo pretende. Que doña M.E.V.P. no votó en contra por lo que no puede ir ahora en contra de sus propios actos. 2.º Que la reforma estatutaria no pudo inscribirse en el Registro Mercantil porque adolecía de defectos puestos de relieve por el registrador mercantil, defectos que estaban basados no en la modificación propuesta sino en la aplicación de las nuevas normas que habían entrado en vigor lo que forzó a adoptar un nuevo acuerdo en la junta celebrada el día 13 de mayo de 2017. Que como resulta del informe de los administradores de la sociedad que se realizó para la citada junta, la existencia de defectos insubsanables en el acuerdo de 2016 y que resultaban en su falta de validez, hacía necesario presentar una propuesta en la que manteniendo la reforma se incluyeran las modificaciones necesarias. Que de lo anterior resulta que estamos ante una mera reproducción de un acuerdo anterior que había sido adoptado por unanimidad de los presentes. 3.º Que la solicitante no acudió a la

junta general de 13 de mayo de 2017 pese a haber votado a favor de la reforma en 2016 por lo que para poder proceder a la inscripción del acuerdo se le practicó la notificación resultando en la sorpresa para la sociedad de que pretendía ejercer el derecho de separación aprovechándose de la circunstancia de la necesidad de adaptar el artículo 6 de los estatutos sociales a la normativa vigente en claro y manifiesto abuso de derecho. Que la ley atribuye el derecho de separación a quien se encuentre en desacuerdo con el acuerdo de modificación del régimen de transmisión, pero no se concede a quien en su día voto a favor teniendo la segunda votación la única intención de resolver la nota de calificación del registro. 4.º En la carta que remitió a la sociedad la socia no explicó su incoherente postura ni la parte del acuerdo con la que no está de acuerdo por lo que, como resulta de la documentación aportada por la propia solicitante, el consejo le notificó que no procedía el derecho de separación. Que estando en desacuerdo la sociedad procede que previamente se pronuncien los Tribunales de Justicia sin que sea de aplicación el artículo 338 (sic) del Reglamento del Registro Mercantil que está previsto para un supuesto distinto. Que no consta que el acuerdo por el que el consejo de administración decidió no reconocer el derecho de separación no ha sido impugnado por la instante lo que ahonda en la necesidad de que por los Tribunales se resuelva con carácter previo sobre la procedencia del derecho de separación.

III

El registrador mercantil de Valencia n.º 5 por sustitución, don Miguel María Molina Castiella dictó resolución en fecha 17 de agosto de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver 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 F.M.S., letrado, por escrito de fecha 7 de septiembre de 2018, 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 e insistiendo en el carácter meramente confirmatorio del acuerdo de 13 de mayo de 2017 del previo acuerdo adoptado en 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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. Adoptado por una sociedad de responsabilidad limitada el acuerdo de modificar determinado artículo estatutario en cuanto al régimen de transmisión de las participaciones sociales y notificado el acuerdo a una socia no

asistente, ejercita su derecho de separación. La sociedad se opone en los términos que resultan de los hechos.

2. La sociedad plantea una cuestión que de estimarse haría innecesario el conocimiento del resto de cuestiones planteadas. En concreto la sociedad afirma que habiendo planteado su oposición a la existencia del derecho de separación no procede plantear la designación del experto a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital en tanto no recaiga sentencia seguida ante los Tribunales de Justicia por la que se determine la existencia de aquél.

El argumento es insostenible como ha tenido ocasión de reiterar esta Dirección General (en sede de resoluciones relativas a la designación de experto independiente con fundamento en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital). Al respecto, tiene declarado este Centro Directivo *(vide* las resoluciones de 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y las resoluciones de 8 y 22 de enero, 13 y 22 de febrero, 13 y 26 de marzo y 4 de mayo de 2018), 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» (artículo 16.2 del Código de Comercio), 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 (artículo 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 (artículo 346 y 347 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (artículos 169 y 171), ya para reducir el capital social (artículos 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 (artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 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 imbricación en el orden 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, 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.

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 (artículo 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).

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017 que afirma lo contrario, pero existen pronunciamientos adversos como la sentencia de 26 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla de la que, para un supuesto sustancialmente idéntico, resulta la conclusión contraria.

Además, la citada sentencia ha sido revocada por la de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª,198/2018 de 28 de marzo, al establecer lo siguiente: «La discrepancia sobre los presupuestos del artículo 348bis de la Ley de Sociedades de Capital no priva de competencia para la designación de experto independiente al Registrador Mercantil … No hay duda que el Registrador Mercantil es el órgano al que el legislador encomienda la designación de experto independiente … Función de designación que no es discrecional ni automática, sino que procederá «en los casos establecidos en la Ley», es decir, condicionada a la observancia de los requisitos legales y reglamentarios, tanto en cuanto a la legitimación del solicitante como en cuanto a la causa de la designación … No asumimos el parecer de la sentencia (antepenúltimo párrafo del fundamento cuarto) que reduce el ámbito de decisión del Registrador Mercantil a los casos en los que la sociedad no manifiesta ni su acuerdo ni su discrepancia. Además, si se reconoce que ello es así y, por ende, que no procede la estimación de la solicitud cuando del expediente no resulte aquella concurrencia, a pesar de la ausencia de oposición de la contraparte (RDGRN de 26 de septiembre de 2014), no se explica por qué no puede nombrarlo cuando considera que sí concurren, aunque se nieguen por la sociedad. 2.2. El nombramiento de experto por el Registrador Mercantil en caso de discrepancia sobre los presupuestos del artículo 348bis Ley de Sociedades de Capital no implica ejercicio de funciones jurisdiccionales…2.3 La designación registral de experto en caso de divergencia no implica merma de las garantías procesales…»

3. Las anteriores consideraciones no se encuentran en contradicción con la necesidad de suspender el procedimiento cuando alguna de las partes acredite la existencia de un procedimiento judicial que conozca sobre el fondo del asunto. Esta Dirección ha reiterado que el registrador debe suspender el ejercicio de su competencia si se le acredita debidamente que la cuestión que constituye el objeto del expediente está siendo objeto de conocimiento por los Tribunales de Justicia. Así lo ha afirmado la doctrina elaborada por esta Dirección en sede de recursos contra la designación de auditor a instancia de la minoría (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), cuando afirma que procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial su legitimación en cuanto constituye la base sobre la que se ejercita el derecho (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 ella). 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.

Así lo entiende expresamente la reciente Ley 15/2015, de 2 julio, de Jurisdicción Voluntaria cuando afirma en su artículo 6.3: «Se acordará la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle, debiendo tramitarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.».

Y así lo confirma la anterior sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia a que se ha hecho referencia cuando afirma: «En cuanto a la hipótesis que plantea la sentencia (que un procedimiento sobre el derecho del art 348bis que llegara a una solución distinta al registrador sobre la concurrencia de los requisitos del derecho de separación), ello no es algo ajeno a los procedimientos de jurisdicción voluntaria), pudiendo servir de pauta interpretativa lo previsto en el art 19.4 LJV, así como en los casos de tramitación simultánea (art 6LJV), habiendo ya contemplado la propia DGRN (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 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), casos de suspensión del procedimiento registral (vgra. cuando se está discutiendo en vía judicial la condición de socio o porcentaje de participación en el capital social), que entendemos aquí trasladables.»

Como resulta del propio artículo 6.3 citado es preciso tanto la acreditación de la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso como que la resolución judicial que recaiga pueda afectar al objeto del expediente de jurisdicción voluntaria. Cualquier otra contienda entre las partes no altera la marcha del expediente sin perjuicio de las consecuencias que, en su caso, se deriven de las resoluciones judiciales que de ellos se deriven.

De este modo, no procede la suspensión del procedimiento por la mera afirmación de que existe oposición de la sociedad ni tampoco si la parte se limita a afirmar que va a entablar acción o si afirma, pero no acredita, la existencia de un procedimiento judicial cuya resolución pueda afectar al contenido del expediente 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 materia de recursos contra la designación de auditor a instancia de la minoría).

Así ocurre en el expediente que da lugar a la presente. La sociedad afirma que se opone tajantemente a la existencia del derecho de separación por parte de la socia. La sociedad ejercita así el derecho de oposición que le reconoce el ordenamiento jurídico en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, pero su oposición, que es el trámite legalmente previsto para que fije su postura, ni impide la tramitación del expediente ni implica su suspensión al no

resultar acreditado ni la existencia de un procedimiento arbitral o jurisdiccional ni que la resolución que pueda recaer afecte a la presente.

4. Resuelta la cuestión competencial y la conveniencia tanto de la resolución del registrador mercantil como la de esta Dirección General, procede entrar en el fondo del asunto. La sociedad impugna la decisión del registrador, en esencia, porque a su juicio la existencia de un acuerdo anterior de modificación del régimen de transmisión de las participaciones al que no se opuso la socia que ahora insta la designación de experto, le priva del derecho de separación. Como resulta de los hechos y del propio escrito de recurso, adoptado un acuerdo de modificación del artículo correspondiente de los estatutos en junta general celebrada en 2016 y siendo calificado negativamente por el registrador en base a su falta de validez, la sociedad toma un nuevo acuerdo en 2017 dando lugar a este expediente.

A juicio de la sociedad este segundo acuerdo adoptado en una junta en la que no compareció la socia que ejerce el derecho de separación, no tuvo más objetivo que reiterar el previamente adoptado (y al que prestó su consentimiento), una vez adaptado a las exigencias derivadas de la calificación negativa. Esta Dirección General no puede sustentar dicha afirmación.

Establece el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital: «1. Los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo, incluidos los socios sin voto, tendrán derecho a separarse de la sociedad de capital en los casos siguientes:… 2. En las sociedades de responsabilidad limitada tendrán, además, derecho a separarse de la sociedad los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales.»

En el supuesto que da lugar a la presente se dan los presupuestos legalmente previstos para la procedencia del derecho de separación pues existe un acuerdo de modificación del régimen de transmisión de participaciones sociales y resulta indiscutido que la socia que lo ejerce no voto a favor.

Los argumentos de contrario no pueden enervar la anterior conclusión.

En primer lugar, porque resultando del expediente la existencia de un previo acuerdo relativo a la misma cuestión adoptado en la junta general celebrada el día 25 de mayo de 2016, resulta igualmente que dicho acuerdo no accedió al Registro Mercantil siendo calificado como inválido por no reunir los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico. La sociedad recurrente no discutió entonces dicha afirmación que devino firme en vía administrativa ni la discute ahora. Precisamente porque dicho acuerdo resultó ininscribible como consecuencia de su inadecuación al ordenamiento jurídico resulto necesario convocar nueva junta y adoptar un nuevo acuerdo en base a un redactado que sí que respetase el conjunto de requisitos exigidos por el ordenamiento. Este acuerdo de 13 de mayo de 2017, que es el que da lugar a la presente, no en consecuencia un mero acuerdo de ratificación o rectificación de uno anterior. Precisamente porque el anterior no produjo efectos es por lo que se adopta uno nuevo que, ahora sí, se adapta a las exigencias legales y desen-

vuelve todos los efectos previstos en el ordenamiento; entre ellos, el derecho de separación. Lo que no puede pretender la sociedad es que un acuerdo inválido desarrolle sus efectos como si no lo fuera y que, por el contrario, un acuerdo válido no lo haga.

Tampoco es admisible el argumento de que la socia instante no ha impugnado el acuerdo del consejo de administración por el que se negó el reconocimiento de su derecho de separación. El ejercicio de una acción de nulidad de acuerdo del consejo de administración es una facultad del socio por lo que su no ejercicio no puede condicionar el de otro derecho reconocido legalmente si, como ahora, se dan las circunstancias exigidas por el ordenamiento. La sociedad insiste en invertir la carga procesal pretendiendo que recaiga en la socia actuante cuando ni dicho ejercicio es forzoso ni condiciona el del derecho de separación.

No hay lugar por tanto al rechazo de la pretensión de la socia de que se lleve a cabo la designación de un experto independiente. Si aun así la sociedad considera que la socia ejerce su derecho de forma abusiva tiene abierta la vía jurisdiccional en defensa de su posición jurídica sin que esta Dirección pueda valorar la conducta de la solicitante.

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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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 esta Dirección General de los Registros y del Notariado en materia del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital de fechas 23 de octubre de 2017 y 26 de enero, 7, 12 y22 de febrero y 13 de marzo, 4 de mayo y 6 de junio de 2018).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia n.º 5 por sustitución, don Miguel María Molina Castiella de fecha 17 de agosto de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 22 de noviembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 23 de noviembre de 2018

En el expediente 160/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Finques Tarrega, S.A.»

HECHOS

I

Don R.B.T. y doña A.O.S. presentaron escrito de fecha 16 de junio de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 25 inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de «Finques Tarrega, 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.

Fundamentan su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que el día 4 de abril de 2018 se celebró la junta general de la sociedad previa convocatoria que en su orden del día incluía la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2016 y la propuesta de aplicación del resultado.

Que previa aprobación de las cuentas anuales se aprobó la propuesta de aplicación del resultado positivo que ascendió a 10.946,93 euros destinándose 1.094, 69 a reserva legal; 7.188,46 a reserva voluntaria y 2.663,73 a compensar pérdidas de ejercicios anteriores.

Por parte de los hoy instantes se solicitó el reparto como dividendo del 100% del beneficio obtenido lo cual fue rechazado por el voto de la mayoría.

b) Mediante escrito de fecha 23 de abril de 2018 los hoy solicitantes notificaron a la administración social el ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

c) La sociedad da acuse de recepción del burofax a que se refiere el anterior párrafo mediante escrito de 25 de mayo de 2018 negando el ejercicio del derecho de separación por entender que los socios hoy instantes no habían hecho uso de su derecho de complementar la convocatoria de la junta; por entender que al proponer el reparto del 100% del beneficio obtenido no proporcionaban alternativa alguna ni habían hecho mención del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital; y por entender que el ejercicio del derecho de separación es completamente abusivo, conduce a un quebranto irreparable para la sociedad y

por estar integrado el activo social por inmuebles arrendados a corto plazo lo que impide realizarlos en condiciones adecuadas, ofreciéndose a llegar a un acuerdo amistoso.»

II

Previa realización de diligencias de subsanación y previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que los instantes pretenden el ejercicio de un derecho en fraude de ley habiéndolo preparado premeditadamente con claro de abuso de derecho y en perjuicio del socio mayoritario con la única finalidad de obtener una ventaja en determinadas conversaciones que se están llevando a cabo. 2.º Que se reitera el contenido de la contestación a la notificación del ejercicio de derecho de separación (que ya consta extractada). 3.º Que en fecha 13 de julio de 2018 se celebró nueva junta en segunda convocatoria en la que se acordó el reparto de beneficio con cargo a reservas y correspondientes al ejercicio 2016, acuerdo al que se opusieron los ahora instantes. 4.º Que se reitera el ejercicio abusivo del derecho por parte de los instantes existiendo una enorme desproporción entre el reembolso que reclaman (habida cuenta de que el patrimonio neto del de la sociedad en el ejercicio 2016 es de 639.279,36 euros), y el importe de beneficio repartible. 5.º Que las dos familias que controlan el grupo societario están en conversaciones para el reparto del patrimonio inmobiliario, conversaciones que se pretende distorsionar y que de prosperar abocará a la disolución de las compañías en cuyo ámbito y de forma global deberá hacerse la oportuna valoración. 6.º Que acreditada la existencia de conversaciones resulta con claridad que no se produce el supuesto del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto de las mismas puede resultar un acuerdo sobre la valoración y reparto de las citadas compañías.

III

El registrador mercantil de Barcelona n.º 13, don Ignacio Garmendia Rodríguez dictó resolución en fecha 9 de agosto de 2018 por la que acordó estimar la oposición y resolver la improcedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las acciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil habida cuenta de la celebración de una segunda junta general en la que se reconocía el dividendo previsto en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Don R.B.T. y doña A.O.S., debidamente representados por letrado, por escrito de fecha 1 de septiembre de 2018, que tuvo entrada el día 5 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Barcelona, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en el que exponen, resumidamente, lo siguiente: Que conforme a la propia doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (con cita de resoluciones) el acuerdo posterior de la junta general por el que se aprueba la distribución de beneficio no puede desactivar el ejercicio de un derecho de separación ya realizado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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. Celebrada junta general de una sociedad en la que, entre otros acuerdos, se aprueba la propuesta de aplicación del resultado a reservas y a la compensación de pérdidas con el voto en contra de los solicitantes, ejercitan estos el derecho de separación. La sociedad se opone, entre otros motivos, porque la administración ha convocado nueva junta general en la que se acuerda el reparto de dividendo mínimo a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. El registrador mercantil estima que por este motivo procede la desestimación de la solicitud de designación de experto independiente. Los interesados recurren.

2. Procede la estimación del recurso pues 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 (artículo 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.

En sede de recursos contra la designación de expertos independientes al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, esta Dirección ha sostenido igualmente (Resoluciones de 20 de septiembre y 11 de diciembre de 2017 y 8 y 31 de enero y 7 de febrero de 2018), que la adopción del acuerdo posterior de reparto de dividendos no modifica el hecho de que se haya producido un acuerdo anterior de no reparto. En consecuencia, si algún socio ha ejercitado al amparo de la situación creada por el primer acuerdo su derecho de separación, dicha situación jurídica no queda enervada por el hecho de que, con posterioridad, la junta general modifique su parecer acordando el reparto de dividendo. De otro modo, el nacimiento y desarrollo del derecho de separación quedaría sujeto a la voluntad de la junta general cuando, como queda debidamente razonado, corresponde su ejercicio al socio una vez que se dan los presupuestos legalmente previstos.

No es óbice a lo anterior la doctrina expresada en la Resolución de este Centro de 16 de mayo de 2018 que se refería a un supuesto distinto en el que, acreditado que no había existido beneficio durante el ejercicio, resultaba forzoso entender que no procedía el derecho de separación, pues no puede existir separación si la sociedad no ha obtenido beneficio.

Como entonces se afirmó: «Esta doctrina sin embargo tiene un alcance determinado, el de evitar que actos voluntarios de la sociedad perjudiquen las situaciones jurídicas que de ellos se deriven, pero no alcanza a las situaciones de hecho de la que depende el propio nacimiento de un derecho. Esta es la cuestión clave en el supuesto que da lugar a la presente: de la documentación aportada por la sociedad se ha puesto de manifiesto que el ejercicio del derecho se ha llevado a cabo en vacío al no concurrir el elemento fáctico esencial del que depende su existencia. Sin beneficio repartible no existe derecho de separación por lo que puesta de relieve dicha circunstancia no puede apreciarse, en el estrecho cauce en el que se desarrolla este procedimiento, la solicitud de designación de experto independiente.»

No ocurre así en el supuesto que da lugar a la presente en el que existe beneficio, acuerdo de no reparto y posterior acuerdo de reparto que no puede extender sus efectos a la situación jurídica producida por el acuerdo anterior.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Barcelona n.º 13, don Ignacio Garmendia Rodríguez de fecha 9 de agosto de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 23 de noviembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 27 de noviembre de 2018 (1.ª)

En el expediente 161/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Asesores de Obra Civil, S.L.»

HECHOS

I

Don A.M.G. presentó un escrito de fecha 18 de julio de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Asesores de Obra Civil, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que el día 28 de junio de 2018 se celebró junta general de la sociedad en la que, previa convocatoria, se reunió el 100% del capital social estando debidamente representado el hoy solicitante. Que tras la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2017, con el voto en contra del solicitante, se aprobó igualmente la propuesta de aplicación del resultado positivo a remanente. Que el representante del hoy solicitante votó en contra solicitando el reparto de dividendos.

b) Que mediante burofax de escrito fechado el día 29 de junio de 2018 notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

c) Que no habiendo alcanzado un acuerdo con la sociedad solicita la designación de experto independiente.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que siendo el fundamento del derecho de separación por no distribución de beneficios evitar el posible abuso de la mayoría frente al a minoría

(con cita de la sentencia de juzgado de lo mercantil n.º 9 de Barcelona de fecha 25 de septiembre de 2013), no se produce en el supuesto de hecho pues la sociedad ha repartido dividendos con regularidad entre los ejercicios 2010 a 2016 (aporta documentación). Especialmente significativo fue el reparto realizado el día 30 de junio de 2017 con cargo a la cuenta de remanente de beneficios de ejercicios anteriores. Que resulta patente que no se han conculcado los derechos del socio. 2.º Que el resultado de explotación del ejercicio 2017 fue negativo lo que llevó a la no distribución de beneficio en un momento de debilidad económica y dado que los beneficios obtenidos tenían un carácter meramente contable. Que a pesar de conocer lo anterior el socio actuó de mala fe y en contra de sus propios actos situándose en una situación de fuerza en una eventual negociación. 3.º Que omite en su escrito que pasó de ser socio y además trabajador a prestar sus servicios a la sociedad como autónomo con un sustancial incremento de sus ingresos lo que está relacionado directamente con la disminución del resultado de explotación. 4.º Que además no se dan los supuestos del artículo 348 bis porque existen dos partidas que no pueden calificarse como beneficios propios de la explotación. La primera que asciende a 2530,01 euros son ingresos financieros sin que la sociedad lleve a cabo actividad financiera alguna. La segunda es la destinada a exceso de previsión de gastos por importe de 66.681,08 euros. La regularización de un exceso de previsión de un gasto de un ejercicio precedente no puede ser considerado resultado de explotación como reconoció la sentencia a que se ha hecho referencia anteriormente. Si al resultado obtenido por importe de 32683,15 euros se le restan los dos conceptos anteriores se obtiene un resultado real de explotación de pérdidas por lo que no existe resultado a distribuir.

III

La registradora mercantil de Madrid n.º 20, doña Concepción Rodríguez Gil dictó resolución en fecha 3 de agosto de 2018 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 E.F.C., como administrador, por escrito que tuvo entrada el día 14 de septiembre de 2018 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 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Ejercitado por un socio el derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y solicitada la designación de experto independiente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 353 del mismo cuerpo legal, la sociedad recurre la resolución estimatoria de la registradora por los motivos que se han hecho constar en los hechos.

Procede la desestimación del recurso pues, como se desarrollará a continuación, ninguno de los motivos aducidos puede enervar el derecho del socio a ejercer la separación y a que se designe un experto independiente.

2. El primer motivo de recurso hace alusión a que no se produce el fundamento del derecho de separación con amparo en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital pues no ha existido una situación de abuso por parte de la mayoría social, como demuestra el hecho de la existencia de reparto de beneficios en ejercicios anteriores.

El motivo no puede ser estimado. De conformidad con la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, en su sentencia 32/2006 de 23 enero: 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.

Reunidos los requisitos para que surja el derecho de separación queda expedita la vía al socio para su ejercicio, si así lo estima oportuno. Cualesquiera otras circunstancias quedan al margen de dicha cuestión como ocurre en el presente supuesto de hecho en el que la sociedad, en este motivo, pretende la enervación de la concurrencia de los requisitos previstos en el art 348 bis con fundamento en que en otros ejercicios no concurrieron.

Como esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones *(vide* resoluciones en materia de auditores de fechas 15 de julio y 19 de octubre de 2015, entre otras muchas), el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. La competencia de esta Administración viene limitada por tal obje-

tivo sin que pueda resolver otras 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 (artículo 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).

3. El mismo destino desestimatorio le corresponde al motivo que hace referencia a la conducta del socio que ha instado el procedimiento y a la conclusión, de parte, de que ha actuado de mala fe.

Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente al limitarse el objeto de este expediente a determinar si concurren o no los requisitos para el ejercicio del derecho de separación.

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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. Como en el motivo anterior, 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.

4. Tampoco puede admitirse el motivo que se refiere a la modificación de la relación de trabajo que el socio ha tenido con la sociedad y el eventual impacto que tal circunstancia pueda haber tenido sobre el resultado social. Con independencia de que se trata de afirmaciones de parte lo cierto es que resulta, como las anteriores, irrelevante a los efectos de la presente por escapar por completo del objeto de este procedimiento y de la competencia de esta Dirección General. Como en los supuestos ya analizados la afirmación anterior no prejuzga el derecho de la parte a dirigirse a los tribunales de justicia y discutir en un procedimiento plenario el conjunto de circunstancias y motivos que resultan de su escrito.

5. Resta analizar el motivo que hace referencia al beneficio como elemento integrante del supuesto que exige el artículo 348 bis para que surja el derecho de separación y que, de conformidad con el escrito de recurso, arroja un resultado distinto al que resulta de la cuenta de resultados por comprender dos partidas que, de minorarse, eliminarían la existencia del beneficio en los términos exigidos por el precepto.

Es doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 16 y 28 de noviembre, 11 de diciembre de 2017 y de 22 enero, 7 y 22 de febrero, 26 de marzo y 6

de junio de 2018), que, 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.

6. Aplicando las consideraciones anteriores al supuesto de hecho resulta con claridad que el motivo no puede prosperar.

En primer lugar, porque los ingresos financieros, que se integran en la cuenta de resultados, no son ajenos a la actividad social que, como explica la sentencia transcrita, no puede confundirse con el objeto social. Es el conjunto de actividades que en desarrollo del objeto social lleva a cabo la sociedad el que produce un resultado por lo que, en principio, todas contribuyen a la obtención del beneficio social. Los ingresos financieros, en cuanto derivados del rendimiento que produce la tesorería o las inversiones financieras que se integran en el patrimonio social son beneficios propios de la actividad por cuanto provienen, como explica la Audiencia de Barcelona, de lo que constituye una actividad ordinaria de cualquier sociedad. No reúnen, además, en el supuesto que da lugar a la presente ni el carácter de ajenos a la actividad social, ni son de cuantía significativa ni resulta en modo alguno que obedezcan a operaciones que no se repitan con frecuencia.

El mismo destino le corresponde a la partida denominada exceso de previsión de gastos que, a juicio de la sociedad recurrente, produce un beneficio exclusivamente contable como consecuencia de la regularización derivada del ejercicio anterior. Tampoco en este supuesto puede ser estimada la alegación de la sociedad pues nada impide que el beneficio provenga de una operación de regularización de una partida anterior, como es el caso, en el que se integra en la cuenta de resultados el importe reservado en el ejercicio anterior que no fue objeto de disposición. Una operación semejante es propia del desarrollo de la actividad social por cuanto tiene su origen en una provisión no consumida. En suma, no hay razón jurídica para excluir de la cuenta de resultados esta partida.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid n.º 20, doña Concepción Rodríguez Gil de fecha 3 de agosto de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora de Madrid.

Resolución de 27 de noviembre de 2018 (2.ª)

En el expediente 177/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Aldingas, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., presenta escrito de fecha 5 de febrero de 2018, dirigido al registro mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 9 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 la mercantil «Aldingas, S.L.» (titular del 6,25 %), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

Mediante oficio de fecha 7 de marzo la registradora mercantil de Barcelona Número VII doña Carmen Gómez-Meana Crespo requiere al presentante para que acredite la titularidad de al menos el 5% del capital social de la mercantil «Aldingas, S.L.» Dicho requerimiento es atendido el día 9 de marzo aportando copia de la escritura de apoderamiento por la mercantil «Navarro Aplicaciones Térmicas e Hidráulicas, S.A.» en favor de don …...

Mediante oficio de fecha 16 de marzo la mencionada registradora mercantil reitera el requerimiento indicando si el titular de las particiones sociales es el propio instante o la sociedad poderdante.

El 27 de abril de 2018 es atendido el anterior requerimiento manifestando que la mercantil «Navarro Aplicaciones Térmicas e Hidráulicas, S.A.» es titular de las participaciones acompañando la preceptiva documentación acreditativa de tal extremo.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil «Aldingas, S.L.» por resolución de 4 de mayo de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 15 del mismo mes, formulando oposición por escrito presentado el mismo día 15. En el mismo don ….. expone que en Junta General Extraordinaria celebrada el 1 de marzo de 2018 se nombró auditor a la sociedad Audria Auditoría y Consultoría S.L.P.

Mediante oficio de fecha 23 de mayo la registradora mercantil de Barcelona número VII insta a la sociedad requerida para que presente a inscripción el mencionado nombramiento junto con su aceptación. Dicho requerimiento es atendido el día 25 de junio, causando el asiento de presentación 2392 del Libro Diario 1289, siendo calificado defectuoso en fecha 29 de junio, procediendo a suspender la resolución del presente expediente hasta la inscripción del mismo o caducidad el asiento de presentación.

III

Una vez caducado el asiento de presentación sin haber sido subsanado, la registradora mercantil de Barcelona Número VII, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, dictó resolución

de fecha 2 de octubre de 2018 por la que acordó «no admitir la oposición interpuesta y que procede el nombramiento de auditor solicitado.»

IV

Don ….., administrador de la mercantil «Aldigas, S.L.» interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 2 de octubre, alegando que se ha concluido el informe de auditoría suscrito por Audria Auditoría y Consultoría, S.L.P», copia del cual se acompaña al mismo.

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.

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 resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el registro mercantil en fecha 9 de marzo de 2018 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar certificación del acuerdo de marzo de 2018.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha garantizado suficientemente o no el derecho del socio minoritario a obtener la verificación de las cuentas del ejercicio.

3. El recurso debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación del acuerdo, así como la puesta a disposición de los socios solicitantes del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2017. En este sentido conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia *(vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario que, de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia del requerimiento realizado por este Centro Directivo, ha sido debidamente acreditada la puesta a disposición de los socios solicitantes del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2017 al incorporarlo al presente expediente. Por tanto, 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 (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la estimación del recurso.

Por tanto debe concluirse que: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la puesta a disposición del informe realizado por el auditor nombrado por la sociedad que, por otra parte, había sido designado con anterioridad a la petición del socio minoritario; 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 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. No obstante, 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 de la registradora mercantil de Barcelona Número VII, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, de fecha 2 de octubre de 2018, por la que resuelve proceder al nombramiento solicitado, al resultar acreditada la puesta a disposición de los solicitantes del referido informe.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora de Barcelona.

Resolución de 27 de noviembre de 2018 (3.ª)

En el expediente 179/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «RSS Arquitectos y Colaboradores, S.L.P.».

HECHOS

I

Don ….. presenta escrito de fecha 2 de enero de 2018, 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 la mercantil «RSS Arquitectos y Colaboradores, S.L.P.» (titular del 21 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 3 de enero de 2018 en el domicilio social siendo recibido el día 11 del mismo mes, sin formular oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El día 29 de diciembre de 2017 la mercantil presentó para su inscripción en la hoja social documento privado de reelección de auditor de cuentas de la sociedad para el ejercicio 2017 que fue calificado defectuoso, caducando el asiento de presentación el día 19 de abril de 2018. El mismo día 19 de abril vuelve a presentarse dicho documento siendo calificado negativamente de nuevo el día 10 de mayo y caducando el correspondiente asiento de presentación el día 21 de agosto al no haberse subsanado los defectos.

IV

El registrador mercantil de Alicante, don Jaime del Valle Pintos, dictó resolución de fecha 23 de agosto de 2018 por la que, al haber caducado el asiento de presentación sin provocar operación registral alguna, acordó designar auditor.

V

Don ….. y don …..., administradores mancomunados, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 23 de agosto, alegando el previo nombramiento de auditor voluntario por la mercantil, lo que acreditan con la copia del acta de la reunión del consejo por la que se acuerda su nombramiento, así como con carta de aceptación del encargo suscrita por «Audifiel, S.L.».

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 solici-

tar 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 resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el registro mercantil en fecha 2 de enero de 2018 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar copia del acta del consejo de 24 de noviembre de 2017 por el que se procede a su nombramiento, así como aceptación del mismo por el auditor designado «AUDIFIEL, S.L.». Tal designación fue presentada en el registro mercantil de Alicante para su inscripción en dos ocasiones, siendo ambas calificadas defectuosas y caducados los asientos de presentación debidamente prorrogado.

Por tanto, 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.

3. El recurso no puede prosperar ya que, si bien ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación del acuerdo, como la aceptación del mismo, no se ha garantizado de manera adecuada el interés protegible por el presente expediente.

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

4. Sin embargo, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia de la presentación de la documentación en cuestión, y como resulta de los antecedentes de hecho, dicha presentación conllevó la suspensión del mismo hasta la conclusión del procedimiento registral por caducidad del asiento de presentación. Por tanto, resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger no 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, no ha sido debidamente cumplimentado (artículo 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procede por este mismo motivo la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Alicante, don Jaime del Valle Pintos, de fecha 23 de agosto de 2018, por la que resuelve proceder al nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al no quedar debidamente garantizado el interés del socio minoritario por no acreditarse ni la inscripción del nombramiento del auditor a instancia de la mercantil ni la puesta a disposición de los socios del correspondiente informe de auditoría.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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, 27 de noviembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 28 de noviembre de 2018 (1.ª)

En el expediente 162/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Ergodesign, S.A.»

HECHOS

I

Don R.R.B. presentó un escrito de fecha 26 de julio de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día siguiente, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Ergodesign, S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la junta general de la sociedad se reunió en fecha 29 de junio de 2017, previa su convocatoria, para, entre otras cuestiones, decidir sobre la aplicación del resultado del ejercicio 2016.

Del acta de junta autorizada por el notario de Madrid don Enrique Franch Quiralte en dicha fecha resulta: Que estando presente el 100% del capital social se debate sobre la propuesta de aplicación de resultados que consiste en destinar 70.000 euros a reservas. Consta que el hoy solicitante solicitó que se destinasen a dividendo. La propuesta de aplicación es aprobada por la mayoría con el voto en contra del hoy instante. Del balance que se acompaña a continuación de informe de auditoría resulta un resultado del ejercicio de 70.481, 60 euros.

b) Que notificó a la sociedad en fecha 17 de julio de 2017 el ejercicio de su derecho de separación con fundamento en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Dicha notificación fue reiterada mediante acta de notificación autorizada por el notario de Madrid don Iñigo Carla Uriarte el día 19 de julio de 2017 que fue cumplimentada mediante diligencia de la misma fecha.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el artículo 348 bis no es de aplicación al ejercicio 2016 por estar suspendido hasta el día 31 de diciembre de dicho año. Lo contrario supone una aplicación retroactiva de la norma. 2.º Que el escrito del solicitante oculta que la junta general de fecha 13 de septiembre de 2016 acordó la entrega a cuenta de 262.500 euros a cuenta del dividendo, cantidad muy superior al tercio del beneficio obtenido. Que en junta de 21 de junio de 2018 se aprobaron con pérdidas las cuentas de 2017 y en la que el propio socio solicitó comentar el derecho recogido en el artículo 348 bis sin que se hayan tenido ulteriores noticias. Que el artículo 348 bis se está utilizando a capricho del solicitante notificando su ejercicio y no reclamándolo a fin de cobrar dividendo de otro ejercicio, si existe. Que se trata de un claro abuso de derecho. 3.º Que no procede ahora ejercitar el derecho de separación en relación al ejercicio 2016 cuando se han aprobado las cuentas del ejercicio 2017. Que del propio tenor del precepto resulta que debe ejercitarse en relación a las cuentas del ejercicio anterior. 4.º Que los términos del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital son claros y solo procede la designación de experto a falta de acuerdo, sin que se produzca el supuesto de hecho pues ha sido el solicitante el que ha propuesto a la sociedad hablar de la cuestión sin proceder a ello. Que la intervención del registrador mercantil solo se produce cuando hay discrepancia sobre el valor, pero no cuando hay discrepancia sobre la existencia del derecho (con cita de la sentencia del juzgado de lo mercantil n.º 9 de Barcelona de 1 de marzo de 2018).

Entre otros documentos se acompaña copia de la escritura autorizada el día 25 de octubre de 2016 por el notario de Madrid don Enrique Franch Quiralte de elevación a público de los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad celebrada el día 13 de septiembre de 2016. Del certificado unido resulta la aprobación del segundo punto del orden del día relativo al reparto de 262.500 euros como reparto extraordinario de dividendos.

III

El registrador mercantil de Madrid n.º 16, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano dictó resolución en fecha 20 de agosto de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las acciones/ de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don J.M.P.H., como letrado de la sociedad, por escrito de fecha 27 de septiembre de 2018, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, insistiendo en los argumentos que se expresaron en su escrito de oposición (salvo el relativo a la no aplicación temporal del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital al ejercicio 2016), y añadiendo que otra solicitud idéntica pero respecto de otra sociedad ha sido rechazada por otro registrador mercantil de Madrid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Solicitada por un socio de una sociedad anónima la designación de un experto independiente al amparo de la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y con fundamento en el ejercicio del derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador estima la solicitud del socio. La sociedad recurre por un conjunto de motivos que, por merecer una apreciación desigual, deben ser analizados de forma separada.

2. En primer lugar, la sociedad entiende que el ejercicio del derecho de separación lo ha sido con claro abuso de derecho lo que, a su juicio, implica no reconocer sus efectos.

Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente al limitarse el objeto de este expediente a determinar si concurren o no los requisitos para el ejercicio del derecho de separación y subsiguiente designación de un experto independiente.

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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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 esta Dirección General de los Registros y del Notariado en materia del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital de fechas 23 de octubre de 2017 y 26 de enero, 7, 12 y22 de febrero y 13 de marzo, 4 de mayo y 6 de junio de 2018).

Procede la desestimación del motivo.

3. Conectado con lo anterior, entiende la sociedad que no cabe reconocer el ejercicio del derecho de separación correspondiente al ejercicio 2016 una vez que las cuentas del ejercicio 2017 han sido aprobadas por la junta ordinaria correspondiente. Dice así el artículo 348.1 de la Ley de Sociedades de Capital: «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.»

Ciertamente el precepto se refiere a la distribución de beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior, pero de aquí no cabe deducir que para el ejercicio del derecho de separación sea imprescindible que la junta se pronuncie precisamente sobre los resultados del último ejercicio. Hay que tener en cuenta que la formulación de las cuentas anuales corresponde al órgano de administración (artículo 253 de la Ley de Sociedades de Capital), como le corresponde al órgano de administración la convocatoria de la junta general para su aprobación (artículo 272 del propio cuerpo legal). Ahora bien, puede ocurrir y ocurre que las cuentas anuales no hayan sido formuladas en plazo y que se retrase su presentación ante la junta general para su aprobación (artículo 164). Aún en este supuesto la junta conserva intacta su competencia. En consecuencia, el retraso en la formulación de las cuentas o en su presentación ante la junta general para su aprobación no puede resultar en un perjuicio para los socios que conservan igualmente sus derechos de asistencia, de voto y, en su caso, de separación.

Pero es que aunque no fuera así tampoco sería el supuesto de hecho a que se refiere la presente. Como resulta de los hechos, la junta general celebrada el día 29 de junio de 2017 decidió sobre la aplicación del resultado correspondiente al ejercicio 2016 por lo que el socio, ahora instante, estaba perfectamente legitimado para el ejercicio de su derecho.

Como ha puesto de relieve nuestro Tribunal Supremo en su sentencia nuestro 32/2006 de 23 enero: 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.

Así ha ocurrido en el supuesto de hecho en el que el socio, tras la aprobación por la junta de la propuesta de aplicación del resultado, ejerció en plazo su derecho por lo que resulta indiferente que con posterioridad la sociedad haya continuado funcionando con normalidad hasta el punto de que una ulterior junta general haya aprobado las cuentas del ejercicio siguiente. Y es que no debe confundirse el ejercicio del derecho de separación con las consecuencias que del mismo puedan derivarse y que vienen determinadas en los artículos 356, 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital, consecuencias que pueden demorarse en el tiempo sin que quepa a esta Dirección general, por escapar completamente del objeto de la presente, valorar dicha situación.

Procede la desestimación del motivo.

4. La sociedad entiende que la actitud del socio ni siquiera ha conllevado un intento de negociación lo que a su juicio excluye el supuesto del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Como ha reiterado esta Dirección General en sede de designación de experto con fundamento en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (Resoluciones de 4 de diciembre de 2017, 22 de enero, 1, 13 y 22 de febrero y 4 de mayo de 2018), el ejercicio del derecho de separación depende exclusivamente de la voluntad del socio una vez que concurran los requisitos legalmente establecidos. Ejercitado el derecho y con el fin de determinar el crédito de separación (artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital), la Ley proporciona al socio la posibilidad de que acuda al registrador mercantil a fin de que designe experto independiente si no llega a un acuerdo con la sociedad.

Si las partes llegan a un acuerdo se satisfará el crédito de separación autorizándose la oportuna escritura de transmisión de participaciones sociales o de reducción de capital, previo pago de la cantidad acordada conforme a la previsión de los artículos 349, 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital.

Si no existe acuerdo y existe informe de experto independiente se procederá en la forma prevista en los artículos citados y en el artículo 356.2 para el caso de que sea precisa la consignación de la cantidad fijada por el experto.

El ordenamiento pues, contempla tanto la existencia de posible acuerdo entre las partes como su inexistencia, pero sin hacer depender el ejercicio de la facultad de solicitar designación de experto de requisito alguno. La mera presentación de la solicitud ante el registrador mercantil es prueba inequívoca de la voluntad del socio de que sea un experto independiente el que lleve a cabo la determinación del valor razonable. El ejercicio del derecho individual de separación suele ser la culminación de un periodo de conflicto entre el socio y la sociedad e incluso, cuando no es así, supone un evidente elemento de tensión entre las partes interesadas. Pretender que en esta situación la Ley imponga un periodo de conversaciones previas ni es conforme con su espíritu ni con su intención. Someter al socio que ejerce su derecho a un trámite no

regulado en modo alguno, no lleva sino a la postergación del ejercicio de su derecho y a la sumisión a la voluntad de la sociedad que puede retrasar la satisfacción del socio sin causa que lo justifique. Quedaría así en manos de la sociedad el ejercicio de un derecho que el ordenamiento reconoce al socio sin que resulte para este, beneficio alguno.

En definitiva, el procedimiento de designación de experto independiente a que se refiere el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil debe tramitarse sin necesidad de exigir al solicitante que acredite la existencia de conversaciones o propuestas previas a la sociedad pues la mera presentación de la solicitud es prueba suficiente de la voluntad del socio que se separa de que sea un experto independiente el que lleve a cabo la determinación del valor razonable de su participación en la sociedad, de acuerdo al procedimiento que estime más conforme con la situación.

Procede la desestimación del motivo.

5. Finalmente la sociedad alega que durante el ejercicio 2016 se repartieron dividendos a cuenta en cuantía muy superior a la prevista por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Lo acredita mediante copia de la escritura pública referida en los hechos.

Al respecto, 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 nuestro ordenamiento se justifica como tutela particularmente necesaria para evitar que el socio minoritario quede perjudicado de forma reiterada por la posición de la mayoría. 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).

En relación al supuesto contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, 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. A contrario, cuando resulta que la sociedad ha llevado a cabo el reparto del beneficio del ejercicio en términos tales que se satisface el interés de los socios y en los términos que resultan del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, no se produce el supuesto de hecho que fundamenta la solicitud al registrador de designación de experto independiente.

6. De la regulación legal resulta con absoluta claridad que el pago de los dividendos puede hacerse con cargo al beneficio del ejercicio corriente o con cargo a la cuenta de reservas; es decir, con cargo a beneficios no repartidos en ejercicios anteriores. Dispone así el artículo 273.1 de la Ley de Sociedades de Capital: «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…»

Por otro lado, la determinación de la aplicación a dividendo del beneficio del ejercicio puede llevarse a cabo una vez finalizado, al aprobarse las cuentas anuales y la propuesta de aplicación (artículo 273.1), como puede ser objeto de adelanto mediante el pago de dividendos a cuenta y con cargo (necesariamente), a la cuenta de reservas disponibles. Dispone así el artículo 277 de la Ley de Sociedades de Capital: «La distribución entre los socios de cantidades a cuenta de dividendos sólo podrá acordarse por la junta general o por los administradores bajo las siguientes condiciones: a) Los administradores formularán un estado contable en el que se ponga de manifiesto que existe liquidez suficiente para la distribución. Dicho estado se incluirá posteriormente en la memoria. b) La cantidad a distribuir no podrá exceder de la cuantía de los resultados obtenidos desde el fin del último ejercicio, deducidas las pérdidas procedentes de ejercicios anteriores y las cantidades con las que deban dotarse las reservas obligatorias por ley o por disposición estatutaria, así como la estimación del impuesto a pagar sobre dichos resultados.»

Esta es la situación que se ha producido en el supuesto de hecho. Como ha puesto de relieve la reciente resolución de 28 de febrero de 2018, resultando que se ha pagado un dividendo a cuenta superior al establecido legalmente, no se producirá el supuesto que legitima el ejercicio del derecho de separación pues, siendo el fundamento último de este la inexistencia de participación en el beneficio; de darse la participación en el beneficio en la cuantía legalmente prevista es indudable que no existe el interés que la norma trata de proteger ya se haya obtenido aquella por vía de acuerdo social (artículo 273.1), ya por vía del dividendo a cuenta (artículo 277 de la Ley de Sociedades de Capital).

Procede la estimación del motivo.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 16, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano de fecha 20 de agosto de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 28 de noviembre de 2018 (2.ª)

En el expediente 163/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de una socia de «Fuente de la Peña, S.L.»

HECHOS

I

Doña B.G.M.S.T. presentó un escrito que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 2 de agosto de 2018, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de «Fuente de la Peña, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de sus participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la sociedad celebró junta general en fecha 26 de junio de 2018. Del acta notarial de la junta autorizada por el notario de Madrid don Francisco Mata Botella en la misma fecha resulta: que en la fecha indicada se reunió la junta general de la sociedad con la presencia de la totalidad del capital social compareciendo la hoy solicitante por medio de representante. Resulta que en la citada junta y tras la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017, la presidencia expone que el resultado obtenido ha sido de 105.811,86 euros proponiendo el reparto como dividendo de 32.000 euros y destinando el resto a reservas. Resulta del acta que la representación de la hoy solicitante solicita el reparto de la totalidad de lo obtenido como dividendo. La propuesta se aprueba con el voto en contra de la solicitante por medio de su representante.

De la cuenta de resultados de la compañía que consta incorporada al acta resulta que en el ejercicio 2017 el beneficio ascendió a la cantidad de 105.811,86 euros de los que 81.898,20 euros corresponden a beneficios financieros y el resto a resultado de explotación.

b) Que la hoy solicitante remitió a la sociedad en fecha 24 de julio de 2018 escrito del día anterior en el que les notificaba el ejercicio del derecho de separación con fundamento en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la socia remitió por burofax a la sociedad su intención de ejercer el derecho de separación concediendo un plazo de diez días, que la sociedad afirma no es preclusivo ni limita sus derechos, para alcanzar un acuerdo. Que de lo anterior resulta la mala fe de la solicitante que se encuadra en el denominado abuso de las minorías. 2.º Que no obstante se le contestó en plazo haciéndole constar que al beneficio anual obtenido se le han de restar la cantidad correspondiente a ingresos financieros provenientes de operaciones de dicha naturaleza que nada tienen que ver con el objeto social constituido por la explotación de fincas rústicas y urbanas. Que el artículo 348 bis se refiere exclusivamente a los resultados de explotación por lo que restada la cantidad correspondiente a los ingresos financieros queda una cantidad de 89.438,21 euros cuyo tercio asciende a 29.812,73 euros cantidad inferior a la repartida en concepto de dividendo. Que a lo ante-

rior hay que añadir que la solicitante votó en contra de acuerdo por lo que no se produce el supuesto del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. 3.º Que la propia socia ha presentado su solicitud de separación antes del plazo de diez días concedido por ella misma. 4.º Que del concepto de beneficios a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital deben excluirse los denominados beneficios extraordinarios como son los obtenidos financieramente (con cita de sentencias de juzgados de lo mercantil). Que en el supuesto de hecho es claro que el beneficio de explotación asciende a 89.438,21 euros de conformidad con la inspiración del artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital (en que se basó la dicción del artículo 348 bis), por lo que la cantidad repartida excede del tercio de dicha cantidad.

III

El registrador mercantil de Madrid n.º 3, don Jorge Salazar García dictó resolución en fecha 29 de agosto de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver 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 J.L.G.M. y doña A.I.G.M.S.T., como presidente y secretaria respectivamente del consejo de administración de la sociedad, por escrito de fecha 2 de octubre de 2018, que tuvo entrada el mismo 2 de octubre en el Registro Mercantil de Madrid, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos. La sociedad insiste en que la cifra de cómputo es la propia del beneficio de explotación con exclusión de la derivada por ingresos financieros por ser estos ajenos al objeto social de la compañía, así como en el hecho de que la socia votó en contra de la propuesta de la aplicación del resultado. Añade el escrito de recurso que la diferencia entre la cantidad a repartir se compute o no el beneficio financiero es de apenas 3.270,32 euros por lo que el ejercicio del derecho de separación, al poner en peligro la solvencia de la sociedad, puede tener el efecto contrario al que persigue la norma (con cita incompleta de una sentencia), pudiendo calificarse como abuso de derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20

de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Ejercitado por una socia el derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y solicitada la designación de experto independiente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 353 del mismo cuerpo legal, la sociedad recurre la resolución estimatoria del registrador por los motivos que se han hecho constar en los hechos.

Procede la desestimación del recurso pues, como se desarrollará a continuación, ninguno de los motivos aducidos puede enervar el derecho del socio a ejercer la separación y a que se designe un experto independiente.

2. De conformidad con la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, en su sentencia 32/2006 de 23 enero: 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.

Reunidos los requisitos para que surja el derecho de separación queda expedita la vía al socio para su ejercicio, si así lo estima oportuno. Cualesquiera otras circunstancias quedan al margen de dicha cuestión como ocurre en el presente supuesto de hecho en el que la sociedad, en este motivo, pretende la enervación de la concurrencia de los requisitos previstos en el art 348 bis con fundamento en que el ejercicio del derecho se ha hecho de mala fe.

Como esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones *(vide* resoluciones en materia de auditores de fechas 15 de julio y 19 de octubre de 2015, entre otras muchas), el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver otras 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 (artículo 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).

Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente al limitarse el objeto de este expediente a

determinar si concurren o no los requisitos para el ejercicio del derecho de separación.

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 (artículo 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en el ámbito de este expediente que se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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.

3. Las dos cuestiones más relevantes que señala la sociedad como motivos de oposición y de recurso hacen referencia al sentido del voto de la solicitante en el curso de la junta general en la que se aprobó la propuesta de aplicación del resultado y, en segundo lugar, a la cifra que debe servir de base para determinar el beneficio mínimo a repartir para evitar el nacimiento del derecho de separación.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, resulta del acta notarial de la junta general en la que se aprobó la propuesta de aplicación del resultado: que la presidencia propone que siendo el resultado 105.811,86 euros se destinen 32.000 a dividendos y el resto a reservas. Que la representación de la hoy instante solicita que se destine la totalidad a dividendos. Que la propuesta es aprobada con el voto en contra del representante de la solicitante que expresa que el voto en contra se debe a que todo el resultado debería destinarse a dividendo.

Como resulta de la doctrina expresada en las anteriores consideraciones el nacimiento del derecho de separación depende exclusivamente de la concurrencia de los requisitos legales exigidos por la norma que lo ampara. Como afirma la sentencia 32/2006 de 23 enero de nuestro Tribunal Supremo a que se ha hecho referencia anteriormente, el derecho de separación: «Nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (artículo 54.3 LSRL), que no es necesaria cuando sea notarial (art. 55.1 y 2 de la misma Ley) y no requiere que la sociedad lo acepte.» Es la adopción del acuerdo previsto en la norma y la oposición del socio el conjunto de hechos de los que nace el derecho de separación sin que pueda este supeditarse a otros no contemplados en el ordenamiento.

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 resul-

tado lo es a instancia del propio órgano (artículos 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 (artículo 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.»

El ejercicio del derecho contemplado en el artículo 348bis 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. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

Así ocurre en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en el que es patente la oposición de la socia que ahora ejerce su derecho a la aprobación de la propuesta de aplicación de resultado en la cuantía propuesta por el órgano de administración. Entenderlo de otra manera implicaría desfigurar por completo el sentido de un precepto que, si bien es cierto que tiene una dicción poco afortunada, tiene la evidente finalidad de otorgar el derecho de separación al socio que está en desacuerdo con la propuesta de aplicación de resultado que no contemple la distribución de, al menos, un tercio en forma de dividendo.

4. Resta analizar el motivo que hace referencia al beneficio como elemento integrante del supuesto que exige el artículo 348 bis para que surja el derecho de separación y que, de conformidad con el escrito de recurso, arroja un resultado distinto al que resulta de la cuenta de resultados por comprender una partida que, de minorarse, eliminaría la existencia del derecho de separación.

Es doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 16 y 28 de noviembre, 11 de diciembre de 2017 y de 22 enero, 7 y 22 de febrero, 26 de marzo y 6 de junio de 2018), que, 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.

5. Aplicando las consideraciones anteriores al supuesto de hecho resulta con claridad que el motivo no puede prosperar.

Los ingresos financieros, que se integran en la cuenta de resultados, no son ajenos a la actividad social que, como explica la sentencia transcrita, no puede confundirse con el objeto social. Es el conjunto de actividades que en desarrollo del objeto social lleva a cabo la sociedad el que produce un resultado por lo que, en principio, todas contribuyen a la obtención del beneficio social. Los ingresos financieros, en cuanto derivados del rendimiento que produce la tesorería o las inversiones financieras que se integran en el patrimonio social son beneficios propios de la actividad por cuanto provienen, como explica la Audiencia de Barcelona, de lo que constituye una actividad ordinaria de cualquier sociedad. No reúnen, además, en el supuesto que da lugar a la presente ni el carácter de ajenos a la actividad social, ni son de cuantía significativa ni resulta en modo alguno que obedezcan a operaciones que no se repitan con frecuencia.

Es cierto como pone el escrito de recurso que de no aplicarse la rebaja en el beneficio que la sociedad propone, la cantidad que resultaría como repartible asciende a una cantidad de 3.270,32 euros más que la efectivamente repartida. Pero no es esta la cuestión que se dilucida en el presente expediente que, se reitera una vez más, no tiene otra finalidad que determinar si concurren los requisitos para que la socia ejercite su derecho de separación y, como consecuencia, pueda instar el expediente de designación de experto independiente a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Cualquier otra cuestión que la parte recurrente considere de trascendencia deben ser planteados ante los órganos jurisdiccionales competentes.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 3, don Jorge Salazar García de fecha 29 de agosto de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 28 de noviembre de 2018 (3.ª)

En el expediente 175/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de una socia de «Mom Educational Services, S.L.»

HECHOS

I

Doña M.G.P.A. presentó un escrito de fecha 3 de abril de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 12 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de «Mom Educational Services, 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.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) De conformidad con la copia del acta de la junta general y universal celebrada el día 27 de diciembre de 2017, la junta, tras la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, decidió, con el voto en contra de la hoy solicitante, destinar la totalidad del beneficio obtenido a compensar pérdidas y el resto a reservas voluntarias. Resulta del acta que la representante de la hoy solicitante solicitó la distribución del beneficio como dividendo lo que no fue aceptado por la socia mayoritaria y, en consecuencia, por la propia junta.

b) La socia acompaña copia del acta notarial autorizada el día 22 de enero de 2018 por el notario de Mairena de Aljarafe don Luis Barriga Fernández por la que, mediante

diligencia del notario de fecha 25 de enero, se llevó a cabo la notificación a la sociedad del ejercicio del derecho de separación.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que no se da el supuesto de hecho previsto en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto, como resulta del acta de la junta, la hoy solicitante votó en contra de la propuesta de aplicación del resultado. 2.º La solicitante no ha acreditado la falta de acuerdo en los términos del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y se ha limitado a notificar a la sociedad el ejercicio de un derecho de separación remitiéndose directamente al registrador mercantil lo que constituye clara prueba de abuso de derecho. Además, solicita la designación de un auditor distinto al de la sociedad, no de un experto por lo que ni siquiera se acomoda a la exigencia legal. 3.º Que es preciso acudir a la jurisdicción ordinaria con carácter previo para determinar si existe o no derecho de separación.

Mediante escrito de 5 de julio de 2018 doña M.G.P.A., previo traslado por parte del registrador mercantil del anterior presenta las alegaciones siguientes: 1.º Que del acta de la junta resulta con toda claridad que el sentido del voto de la solicitante fue que el beneficio obtenido en el ejercicio 2016 se destinase a reparto de dividendo y que el voto en contra lo fue contra la propuesta de aplicación del resultado a una finalidad distinta (con cita de sentencia). 2.º Que la sociedad obvia la existencia de distintas conversaciones en las que las partes no han llegado a un acuerdo para la compra de las participaciones sociales de la instante. Que basta que la socia instante haya hecho la solicitud al registrador mercantil. Que así lo ha entendido la propia Dirección General de los Registros y del Notariado. 3.º Que el registrador tiene competencia para la determinación de la procedencia del derecho de separación sin que la sociedad haya acreditado lo contrario.

III

El registrador mercantil de Sevilla n.º 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 3 de septiembre de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver 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

Doña E.M.O.M., como administradora única de la sociedad, por escrito de fecha 1 de octubre 2018, 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, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Falta de competencia del registrador mercantil para el nombramiento de experto por corresponder, ante la negativa de la sociedad, al orden jurisdiccional. Para poder resolver si existe derecho de separación es preciso que esta acuda a la jurisdicción competente para que se declare con carácter previo su existencia. De lo contrario se estaría atentando contra el artículo 38 de la Constitución y privando a la sociedad de su tutela jurisdiccional. 2.º Que el sentido del voto de la socia fue negativo como se expuso en el escrito de oposición. 3.º Que no ha acreditado la falta de

acuerdo como exige el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital como se afirmó en el escrito de oposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Instado por una socia el expediente de designación de experto independiente a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital con amparo en el derecho de separación que se ejercita de acuerdo a la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador estima la solicitud. La sociedad recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. La sociedad plantea una cuestión que de estimarse haría innecesario el conocimiento del resto de cuestiones planteadas. En concreto la sociedad afirma que habiendo planteado su oposición a la existencia del derecho de separación no procede plantear la designación del experto a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital en tanto no recaiga sentencia seguida ante los Tribunales de Justicia por la que se determine la existencia de aquél.

El argumento es insostenible como ha tenido ocasión de reiterar esta Dirección General (en sede de resoluciones relativas a la designación de experto independiente con fundamento en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital). Al respecto, tiene declarado este Centro Directivo *(vide* las resoluciones de 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017 y las resoluciones de 8 y 22 de enero, 13 y 22 de febrero, 13 y 26 de marzo y 4 de mayo de 2018), 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» (artículo 16.2 del Código de Comercio), 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 (artículo 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 (artículo 346 y 347 de la propia Ley), ya para la apreciación de que concurren los requisitos para llevar a cabo la convocatoria de junta general (artículos 169 y 171), ya para reducir el capital social (artículos 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 (artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 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 imbricación en el orden 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, 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.

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 (artículo 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).

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017 que afirma lo contrario, pero existen pronunciamientos adversos como la sentencia de 26 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla de la que, para un supuesto sustancialmente idéntico, resulta la conclusión contraria.

Además, la citada sentencia ha sido revocada por la de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª,198/2018 de 28 de marzo, al establecer lo siguiente: «La discrepancia sobre los presupuestos del artículo 348bis de la Ley de Sociedades de Capital no priva de competencia para la designación de experto independiente al Registrador Mercantil … No hay duda que el Registrador Mercantil es el órgano al que el legislador encomienda la designación de experto independiente … Función de designación que no es discrecional ni automática, sino que procederá «en los casos establecidos en la Ley», es decir, condicionada a la observancia de los requisitos legales y reglamentarios, tanto en cuanto a la legitimación del solicitante como en cuanto a la causa de la designación … No asumimos el parecer de la sentencia (antepenúltimo párrafo del fundamento cuarto) que reduce el ámbito de decisión del Registra-

dor Mercantil a los casos en los que la sociedad no manifiesta ni su acuerdo ni su discrepancia. Además, si se reconoce que ello es así y, por ende, que no procede la estimación de la solicitud cuando del expediente no resulte aquella concurrencia, a pesar de la ausencia de oposición de la contraparte (RDGRN de 26 de septiembre de 2014), no se explica por qué no puede nombrarlo cuando considera que sí concurren, aunque se nieguen por la sociedad. 2.2. El nombramiento de experto por el Registrador Mercantil en caso de discrepancia sobre los presupuestos del artículo 348bis Ley de Sociedades de Capital no implica ejercicio de funciones jurisdiccionales…2.3 La designación registral de experto en caso de divergencia no implica merma de las garantías procesales…»

3. Las anteriores consideraciones no se encuentran en contradicción con la necesidad de suspender el procedimiento cuando alguna de las partes acredite la existencia de un procedimiento judicial que conozca sobre el fondo del asunto. Esta Dirección ha reiterado que el registrador debe suspender el ejercicio de su competencia si se le acredita debidamente que la cuestión que constituye el objeto del expediente está siendo objeto de conocimiento por los Tribunales de Justicia. Así lo ha afirmado la doctrina elaborada por esta Dirección en sede de recursos contra la designación de auditor a instancia de la minoría (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), cuando afirma que procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial su legitimación en cuanto constituye la base sobre la que se ejercita el derecho (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 ella). 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.

Así lo entiende expresamente la reciente Ley 15/2015, de 2 julio, de Jurisdicción Voluntaria cuando afirma en su artículo 6.3: «Se acordará la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle, debiendo tramitarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.».

Y así lo confirma la anterior sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia a que se ha hecho referencia cuando afirma: «En cuanto a la hipótesis que plantea la sentencia (que un procedimiento sobre el derecho del art 348bis que llegara a una solución distinta al registrador sobre la concurrencia de los requisitos del derecho de separación), ello no es algo ajeno a los procedimientos de jurisdicción voluntaria), pudiendo servir de pauta interpretativa lo previsto en el art 19.4 LJV, así como en los casos de tramitación simultánea (art 6LJV), habiendo ya contemplado la propia DGRN (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 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), casos de suspensión del procedimiento registral *(vgra.* cuando se está discutiendo en vía judicial la condición de socio o porcentaje de participación en el capital social), que entendemos aquí trasladables.»

Como resulta del propio artículo 6.3 citado es preciso tanto la acreditación de la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso como que la resolución judicial que recaiga pueda afectar al objeto del expediente de jurisdicción voluntaria. Cualquier otra contienda entre las partes no altera la marcha del expediente sin perjuicio de las consecuencias que, en su caso, se deriven de las resoluciones judiciales que de ellos se deriven.

De este modo, no procede la suspensión del procedimiento por la mera afirmación de que existe oposición de la sociedad ni tampoco si la parte se limita a afirmar que va a entablar acción o si afirma, pero no acredita, la existencia de un procedimiento judicial cuya resolución pueda afectar al contenido del expediente 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 materia de recursos contra la designación de auditor a instancia de la minoría).

Así ocurre en el expediente que da lugar a la presente. La sociedad afirma que se opone tajantemente a la existencia del derecho de separación por parte de la socia. La sociedad ejercita así el derecho de oposición que le reconoce el ordenamiento jurídico en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, pero su oposición, que es el trámite legalmente previsto para que fije su postura, ni impide la tramitación del expediente ni implica su suspensión al no resultar acreditado ni la existencia de un procedimiento arbitral o jurisdiccional ni que la resolución que pueda recaer afecte a la presente.

4. Igual destino desestimatorio le corresponde a los otros dos motivos de recurso.

En primer lugar, porque resulta insostenible sostener que a la socia instante no le corresponde el derecho de separación al haber votado en contra de la aplicación del resultado a una finalidad distinta del reparto de beneficios y haber propuesto precisamente que se procediera al reparto de dividendo. 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 aplicación del resultado del órgano de administración.

En las sociedades de capital 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 (artículos 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.

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.»

El ejercicio del derecho contemplado en el artículo 348bis 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. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

Así ocurre en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en el que es patente la oposición de la socia que ahora ejerce su derecho a la aprobación de la propuesta de aplicación de resultado en la cuantía propuesta por el órgano de administración. Entenderlo de otra manera implicaría desfigurar por completo el sentido de un precepto que, si bien es cierto que tiene una dicción poco afortunada, tiene la evidente finalidad de otorgar el derecho de separación al socio que está en desacuerdo con la propuesta de aplicación de resultado que no contemple la distribución de, al menos, un tercio en forma de dividendo.

Procede la desestimación del motivo.

5. Finalmente la sociedad entiende que no se da el supuesto de hecho porque existe un impedimento procedimental como es la ausencia de acreditación por parte de la solicitante de que existe falta de acuerdo entre las partes

de conformidad con la dicción del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Como ha reiterado esta Dirección General en sede de designación de experto con fundamento en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (Resoluciones de 4 de diciembre de 2017, 22 de enero, 1, 13 y 22 de febrero y 4 de mayo de 2018), el ejercicio del derecho de separación depende exclusivamente de la voluntad del socio una vez que concurran los requisitos legalmente establecidos. Ejercitado el derecho y con el fin de determinar el crédito de separación (artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital), la Ley proporciona al socio la posibilidad de que acuda al registrador mercantil a fin de que designe experto independiente si no llega a un acuerdo con la sociedad.

Si las partes llegan a un acuerdo se satisfará el crédito de separación autorizándose la oportuna escritura de transmisión de participaciones sociales o de reducción de capital, previo pago de la cantidad acordada conforme a la previsión de los artículos 349, 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital.

Si no existe acuerdo y existe informe de experto independiente se procederá en la forma prevista en los artículos citados y en el artículo 356.2 para el caso de que sea precisa la consignación de la cantidad fijada por el experto.

El ordenamiento pues, contempla tanto la existencia de posible acuerdo entre las partes como su inexistencia, pero sin hacer depender el ejercicio de la facultad de solicitar designación de experto de requisito alguno. La mera presentación de la solicitud ante el registrador mercantil es prueba inequívoca de la voluntad del socio de que sea un experto independiente el que lleve a cabo la determinación del valor razonable. El ejercicio del derecho individual de separación suele ser la culminación de un periodo de conflicto entre el socio y la sociedad e incluso, cuando no es así, supone un evidente elemento de tensión entre las partes interesadas. Pretender que en esta situación la Ley imponga un periodo de conversaciones previas ni es conforme con su espíritu ni con su intención. Someter al socio que ejerce su derecho a un trámite no regulado en modo alguno, no lleva sino a la postergación del ejercicio de su derecho y a la sumisión a la voluntad de la sociedad que puede retrasar la satisfacción del socio sin causa que lo justifique. Quedaría así en manos de la sociedad el ejercicio de un derecho que el ordenamiento reconoce al socio sin que resulte para este, beneficio alguno.

En definitiva, el procedimiento de designación de experto independiente a que se refiere el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil debe tramitarse sin necesidad de exigir al solicitante que acredite la existencia de conversaciones o propuestas previas a la sociedad pues la mera presentación de la solicitud es prueba suficiente de la voluntad del socio que se separa de que sea un experto independiente el que lleve a cabo la determinación del valor razonable de su participación en la sociedad, de acuerdo al procedimiento que estime más conforme con la situación.

Procede la desestimación del motivo.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla n.º 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 3 de septiembre de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 29 de noviembre de 2018

En el expediente 180/2018 sobre nombramiento de auditor excepcional a instancia de la sociedad «Consorcio para la ejecución de mercados alimentarios y estructuras comerciales, S.L.U.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 23 de noviembre de 2018, con entrada en este Ministerio el día 28 del mismo mes, el registrador mercantil de Madrid XII, don Adolfo García Ferreiro, 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 «Consorcio para la ejecución de mercados alimentarios y estructuras comerciales, S.L.U.», a los efectos previstos en el citado artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil. El escrito remitido incluye el informe exigido a los efectos de lo dispuesto en el artículo 356 del citado Reglamento.

II

Forman parte de dicho expediente la solicitud inicial de nombramiento de auditor de cuentas al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, dirigida al registro mercantil de Madrid, de fecha 18 de octubre de 2018, formulada por don ….., en su condición de administrador único de la sociedad «Consorcio para la ejecución de mercados alimentarios y estructuras comerciales, S.L.U.»,

así como el informe de fecha 23 de noviembre de 2018 del registrador mercantil de Madrid XII, don Adolfo García Ferreiro, del que resulta que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor y elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 18 de octubre de 2018, dirigida al registro mercantil de Madrid, formulada por don ….., en su condición de administrador único de la sociedad en cuestión, al amparo del artículo 266.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, y de los artículos 350 y 356 del expresado Reglamento, y según manifiesta el interesado, resulta, en esencia, que:

1.º Que la sociedad está obligada a la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión por auditor de cuentas al amparo de lo previsto en el artículo 263 LSC.

2.º Que la entidad «KPMG Auditores, S.L.» fue nombrada en fecha 12 de junio de 2014 como auditor de cuentas de la sociedad para la realización de la auditoría de las cuentas anuales de los ejercicios finalizados el 31 de diciembre de 2014, 31 de diciembre de 2015 y 31 de diciembre de 2016.

3.º Que con fecha 15 de enero de 2018, la sociedad recibió comunicación por parte de «KPMG Auditores, S.L.» por la cual se informaba de la decisión de ésta de renunciar a continuar con el contrato de auditoría firmado con la sociedad en relación con las cuentas anuales del ejercicio 2016, por encontrarse en una situación de imposibilidad absoluta de llevar a cabo la auditoría obligatoria de las cuentas referidas. El mismo 15 de enero de 2018, la auditora remitió comunicación al registro mercantil notificando la renuncia efectuada ante la sociedad.

4.º Consecuencia de la anterior renuncia, entiende el interesado que concurre justa casusa para solicitar del registrador mercantil la revocación de la auditora mencionada y nombramiento de un nuevo auditor conforme a lo dispuesto en el artículo 266 LSC y, adicionalmente, al amparo de lo establecido en los artículos 266 de la LSC y los artículos 350 y 356 del RRM, propone como nuevo auditor de la sociedad a «AUDIT 3, S.A.» para el ejercicio 2016, inscrita en el registro mercantil de Madrid, hoja M-85676, y en el ROAC bajo el n° S0275, en base a los motivos que relaciona seguidamente y se exponen a continuación.

5.º Que la sociedad «Audit 3, S.A.» ha sido nombrada para auditar las cuentas anuales consolidadas del ejercicio 2016 y 2017 del Grupo Incatema, grupo al que pertenece la sociedad, siendo la matriz del Grupo Incatema la entidad «Incatema Consulting & Engineering, S.L.», de nacionalidad española.

6.º Con fecha 27 de diciembre de 2017, «Audit 3, S.A.» fue nombrada como auditor de cuentas de la sociedad peticionaria por un período de tres años, para la realización de la auditoría de las cuentas anuales de la sociedad de los ejercicios a finalizar el 31 de diciembre de 2017, 31 de diciembre de 2018 y 31 de diciembre de 2019. Dicho nombramiento, fue debidamente aceptado y presentado por la sociedad en el registro mercantil de Madrid para su inscripción en el mismo; encontrándose pendiente de inscripción debido al cierre registral de la hoja de la sociedad, que se produjo como consecuencia de la calificación defectuosa de las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2016, causada por la falta de nombramiento del auditor de la sociedad para dicho ejercicio como consecuencia de la renuncia de «KPMG Auditores, S.L.».

7.º Con fecha 9 de febrero de 2018, se remitió por parte de «KPMG Auditores, S.L.» y de «Audit 3, S.A.» una comunicación conjunta al registro mercantil de Madrid, por la

cual se informaba por parte de la primera de su decisión de renunciar a continuar con el contrato de auditoría suscrito con la sociedad en relación con las cuentas anuales del ejercicio 2016, manifestándose por parte de «Audit 3, S.A.» su conformidad y disposición para poder realizar la auditoría de las cuentas anuales individuales de la sociedad del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2016.

Por todo lo anterior, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 356 del RRM, entiende el interesado que concurre una circunstancia especial que constituye una excepción al sistema de nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad para el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2016, y solicita que, teniendo por presentado su escrito, en virtud del artículo 266.1 de la LSC y 350 y ss. del RRM, se proceda a la revocación de «KPMG Auditores, S.L.» y se nombre como auditor de las cuentas anuales de la sociedad del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2016, al auditor del grupo, es decir, «Audit 3, S.A.», para que efectúe la auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2016 de la sociedad.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Madrid XII, don Adolfo García Ferreiro, emite informe de fecha 23 de noviembre de 2018 del que resulta que «puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor», elevando el expediente a esta Dirección General dadas las facultades discrecionales que el Reglamento del Registro Mercantil (artículo 356) confiere a este Centro Directivo para valorar si las circunstancias que se alegan, en cada caso, revisten o no el carácter de especiales. En concreto, informa el citado registrador que:

– Que la sociedad afectada se encuentra obligada, tal y como resulta de las cuentas anuales depositadas en el registro, a la verificación de las correspondientes al ejercicio 2016, para cuya revisión designó a la entidad KPMG Auditores, S.L.».
– Que de conformidad con lo previsto en el artículo 7.3 del Reglamento de Auditoría dicha entidad auditora presentó su renuncia a continuar con el contrato firmado con la sociedad afectada, en relación con las cuentas anuales del ejercido 2016, por imposibilidad sobrevenida en la realización de sus trabajos.
– Finalmente, que, concurriendo, de un lado la obligación de auditar las cuentas anuales de un ejercicio ya finalizado sin que haya sido designado auditor en sustitución del que ha renunciado (cuya revocación se solicita al amparo del artículo 266 LSC) y, de otro, la propuesta de designación de un profesional concreto formulada por la entidad solicitante que pertenece a un grupo de sociedades cuyas cuentas están siendo auditadas por «Audit 3, S.A.», lo que puede determinar que esta sociedad auditora posea un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante y del marco regulatorio de su actividad, puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, artículos 263, 264, 265, 266 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 350, 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. 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 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 llevadas 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 procedería 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 Madrid XII, don Adolfo García Ferreiro, emite informe de fecha 23 de noviembre de 2018 del que resulta que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y del informe de fecha 23 de noviembre de 2018 del registrador mercantil de Madrid XII, don Adolfo García Ferreiro, 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 conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales individuales de la sociedad peticionaria del ejercicio 2016 sea hecha por la misma auditora que se ha nombrado para la revisión de las cuentas anuales consolidadas del grupo al que pertenece, lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante así como del marco regulatorio de su actividad. A lo anterior, hay que añadir, además, haber sido nombrada igualmente «Audit 3, S.A.» como auditor de cuentas de la sociedad solicitante por un período de tres años, para la realización de la auditoría de las cuentas anuales de la propia sociedad de los ejercicios a finalizar el 31 de diciembre de 2017, 31 de diciembre de 2018 y 31 de diciembre de 2019.

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 «Consorcio para la ejecución de mercados alimentarios y estructuras Comerciales, S.L.U.», a fin de que verifique las cuentas anuales individuales 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 Madrid XII, al nombramiento de la mercantil «Audit 3, S.A.», inscrita en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas con el número S0275, 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 Madrid XII 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, 29 de noviembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 17 de diciembre de 2018

En el expediente 164/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Bodegas Ventura de Vega, S.L.»

HECHOS

I

Don E.V.A. presentó un escrito de fecha 4 de septiembre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo

del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Bodegas Ventura de Vega 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.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la sociedad celebró junta general el día 29 de junio de 2018. De copia del acta notarial autorizada por la notaria de Almendralejo doña Inmaculada Molina Pilar en fecha 26 de junio de 2018, resulta que es la fecha citada anteriormente se reunió la junta general de la sociedad con la presencia del cien por cien del capital social. Que en dicha junta se propuso que de los beneficios obtenidos durante el ejercicio 2017 ascendentes a 72.992,46 euros se apliquen: 7.299,25 a reserva legal; 40.602, 78 a compensación de pérdidas de ejercicios anteriores y 25.090,43 euros a reserva voluntaria. Por parte de la representación del hoy solicitante se solicitó «…un posible reparto de dividendos, si es posible, como poco el reparto mínimo legal establecido, que sería un tercio de los beneficios…». La propuesta de la mesa es aprobada por la mayoría social con el voto en contra del hoy solicitante.

Del balance social correspondiente al ejercicio resulta que el capital social asciende a la cantidad de 270.000 euros; el patrimonio neto a 334.283,93 euros; reservas 31.894,25; pérdidas de ejercicios anteriores 40.602,78 euros.

b) Mediante burofax de fecha 18 de julio el socio notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación, notificación que fue reiterada el día 24 de julio de 2018.

c) Posteriormente la sociedad convocó nueva junta general que se celebró el día 3 de agosto de 2018 en cuyo orden del día se incluyó la revocación del anterior acuerdo. Celebrada la junta la propuesta de acuerdo no recibió el respaldo de los socios no resultando aprobado. Se acompaña copia del acta notarial autorizada por la notaria de Almendralejo doña Inmaculada Molina Pilar en fecha 25 de julio de 2018 en cuya diligencia de fecha 3 de agosto de 2018 resulta que estando presente el cien por cien del capital social votan en contra de la propuesta los dos socios que integran el capital social.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la ley exige que el socio haya votado en contra del acuerdo de no reparto, pero como resulta del acta notarial de la junta del día 29 de junio el ahora instante afirmó su deseo de, si era posible, se repartiese dividendo de lo cual resultaba un empoderamiento al resto de socios para poder optar por otra solución si era necesario. La indeterminación de la frase no permite otra interpretación. Que en fecha 3 de agosto, con el fin de proporcionar mayor argumentación y justificación a lo acordado, en la junta de 29 de junio se volvió a plantear la cuestión acordándose por unanimidad no revocar el acuerdo adoptado. Que el socio instante afirma erróneamente que no existe motivo estatutario que limite el reparto de dividendo. Que el artículo 30 de los estatutos sociales establece que: «El beneficio de cada ejercicio, si existiere, y se acordare su distribución se repartirá entre los socios en proporción a sus participaciones, sin perjuicio de las reservas legales, o de las voluntarias acordadas, todo ello de conformidad a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.» Que son los propios estatutos los que permiten determinar si existe o no beneficio a distribuir o se destinan a reservas. Que el artículo 348 bis exige que los beneficios sean legalmente repartibles lo que se complementa con el artículo 273 de la Ley de Sociedades de Capital que se refiere a la previa atención de las previsiones legales y estatutarias. Que existiendo una previa previsión en el artículo 30 de los estatutos no se da

el supuesto del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que además es lo más conveniente para la sociedad habida cuenta de su situación económica y del pasivo a que ha de hacer frente. 2.º Que el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital establece la obligatoriedad de promover la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad lo que implica la sumisión del interés del socio y el abuso de derecho en caso contrario. Que por lo anterior la decisión adoptada en la junta de 29 de junio está plenamente justificada por la delicada situación económica de la sociedad al existir un pasivo de 2.013.676,88 euros que incluyen 998.059,03 euros deudas con entidades de crédito, 8.051, 96 euros deuda derivada del arrendamiento financiero y 225.189,49 deuda con el socio administrador.

III

El registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez Martín dictó resolución en fecha 21 de septiembre de 2018 por la que acordó admitir la oposición y resolver la improcedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones. Fundamenta su resolución en el contenido del artículo 30 de los estatutos sociales.

IV

Don E.V.A., por escrito de fecha 11 de octubre de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Badajoz, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que la interpretación del Registro Mercantil viola el artículo 3.1 del Código Civil pues deja sin contenido el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital que tiene por finalidad hacer efectivo el derecho al dividendo ante la incuestionable realidad de que la mayoría lo niega sistemáticamente a la minoría como resulta del fundamento del precepto que se puso de relieve en su tramitación parlamentaria. 2.º Que el contenido del artículo 348 bis es de naturaleza imperativa al establecer una nueva causa de separación del socio que no puede ser eliminada estatutariamente. Que el artículo 348 bis no impone un reparto obligatorio de dividendos sin perjuicio de las consecuencias que prevé cuando se da el supuesto que regula. 3.º Que siendo un precepto de tipo imperativo no puede interpretarse el artículo 273 del mismo texto legal en el sentido de dejarlo sin contenido por la vía de destinar sin límite alguno a reservas el beneficio obtenido. Que una interpretación más acorde implica que el reparto del dividendo mínimo tenga lugar sin perjuicio de la atención a las atenciones legalmente previstas y a las estatutarias que respeten ese mínimo. 4.º Que así debe interpretarse el artículo 30 de los estatutos sociales pues si la sociedad destina todo el beneficio a reservas, dicho acuerdo, que no es nulo ha de dejar a salvo el derecho del socio minoritario a ejercer su derecho de separación. Que deducido el 10% destinado a atender la reserva legal, y la cantidad de 1409,28 euros destinada a la compensación de pérdidas para que el patrimonio neto no resulte inferior al capital social quedaría una cantidad de 64.283,93 euros a disponer por la junta general de los que un tercio, 21.427,98, constituiría el beneficio mínimo repartible conforme al artículo 348 bis, siendo los dos tercios restantes aquellos de los que puede disponer libremente la junta general. 5.º Que el hecho de que se esté intentando una reforma del precepto para que tenga carácter dispositivo no hace sino confirmar que hoy en día no lo es por lo que el artículo 30 de los estatutos tiene que respetar su contenido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Ejercitado por un socio el derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y solicitada la designación del experto independiente a que hacer referencia el artículo 353 del mismo cuerpo legal, el registrador mercantil desestima la solicitud por entender que existe una previsión estatutaria conforme a la que en caso de que la junta general acuerde la aplicación del resultado a reservas justifica la no aplicación de aquellos preceptos.

En concreto la norma estatutaria de referencia es la siguiente: «El beneficio de cada ejercicio, si existiere, y se acordare su distribución se repartirá entre los socios en proporción a sus participaciones, sin perjuicio de las reservas legales, o de las voluntarias acordadas, todo ello de conformidad a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.»

Dicha norma estatutaria es anterior a 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, que introdujo un nuevo supuesto de derecho de separación al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital; norma que se encuentra plenamente en vigor desde el día 1 de enero de 2017.

2. Procede la estimación la estimación del recurso. 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 albedrio 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).

3. De las consideraciones anteriores resulta que procede la estimación del recurso pues la norma estatutaria transcrita no puede tener por efecto la exclusión de un derecho individual del socio. 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, el artículo 348 bis ha venido 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, como ha reiterado esta Dirección General, deben ser contemplados con especial rigor.

4. Por otro lado, téngase en cuenta que del artículo 30 de los estatutos de la sociedad no resulta propiamente una limitación en el reparto del dividendo ni tampoco la existencia de una reserva voluntaria de naturaleza estatutaria. Para que asiera fuese sería preciso que los propios estatutos definieran esa reserva voluntaria y fijaran su contenido. Por el contrario, la norma estatutaria se limita a prever la existencia de una reserva voluntaria, algo para lo que no es preciso en absoluto una previsión estatutaria pues basta un acuerdo de la junta general. Por consiguiente, para que la previsión estatutaria de una reserva voluntaria sea algo más que la mera contemplación de una posibilidad y actúe como límite a la aplicación del resultado, es preciso que su contenido esté debidamente determinado tanto en relación a su cuantía como en relación a los posibles efectos sobre la aplicación del resultado *(vide* artículo 274 de la Ley de Sociedades de Capital).

Es forzoso concluir con el recurrente que la mera previsión de que el resultado pueda destinarse a reservas no puede, sin más, implicar una privación de su derecho individual pues de ser así, se dejaría sin efecto la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital sin una causa debidamente determinada. Por otro lado, nada impide entender que el artículo 30 de los estatutos no impide la forzosa aplicación de una norma imperativa como es en la actualidad el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Al igual que la reserva legal constituye una limitación a la decisión de la junta sobre la aplicación del resultado, igualmente lo es la previsión del artículo 348 bis de modo que, a salvo posibles limitaciones legales o estatutarias, se impone su contenido a la mera previsión de posible destino a reservas voluntarias del beneficio obtenido.

5. Establecido lo anterior esta Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que procede dar respuesta a las otras alegaciones que en su día llevó a cabo la sociedad a fin de no dejar su escrito de oposición sin respuesta.

En relación al sentido del voto del socio disidente, 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 del socio 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 (artículos 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 (artículo 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.»

El ejercicio del derecho contemplado en el artículo 348bis 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. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

Así ocurre en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en el que es patente la oposición del socio que ahora ejerce su derecho a la aprobación de la propuesta de aplicación de resultado en los términos propuestos por el órgano de administración. Entenderlo de otra manera implicaría desfigurar por completo el sentido de un precepto que, si bien es cierto que tiene una dicción poco afortunada, tiene la evidente finalidad de otorgar el derecho de separación al socio que está en desacuerdo con la propuesta de aplicación de resultado que no contemple la distribución de, al menos, un tercio en forma de dividendo.

6. Por último, cual sea la situación económica de la empresa, según el criterio de la propia 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 (artículo 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. Determinado que existe beneficio repartible y que se dan las circunstancias que se han expuesto con anterioridad para que pueda existir reparto de dividendo, cualquier otra circunstancia cae fuera del ámbito de este procedimiento que no tiene otra finalidad que determinar si concurren en el supuesto de hecho los requisitos legalmente previstos para la procedencia de ejercicio del derecho de separación del socio.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez Martín de fecha 21 de septiembre de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 diciembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Badajoz.

Resolución de 18 de diciembre de 2018 (1.ª)

En el expediente 165/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Mixer & Pack, S.L.»

HECHOS

I

Don C.G.L. presentó un escrito de fecha 17 de agosto de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Mixer & Pack, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de sus participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que como titular del 20% del capital social de la sociedad intervino en la junta general celebrada el día 29 de junio de 2017.

De copia del acta de la citada junta, que se acompaña, resulta que el hoy solicitante junto a otras cuatro personas, sus hermanos, es cotitular del 100% de las participaciones sociales que integran el capital social. Que el consejo de administración no ha recibido comunicación alguna de designación de representante de la comunidad conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital. Que los partícipes de la comunidad de bienes designan en ese acto a determinada persona a efectos de que los represente de conformidad con el citado precepto. El hoy solicitante vota en contra de la designación y hace constar expresamente en el acta que es un verdadero socio de la sociedad y que vota en contra de todos los asuntos del orden del día, así como de la aprobación del acta. El presidente declara válidamente constituida la junta con la concurrencia del 100% del capital social representado por la persona elegida anteriormente. La junta aprueba por el 100% del capital social las cuentas correspondientes al ejercicio 2016 así como la propuesta de aplicación del resultado positivo a reservas.

En su solicitud, el solicitante hace constar que es socio del porcentaje del 20% del capital en cuanto a un 1% por compra en virtud de escritura pública de fecha 2 de agosto de 2005, copia de la cual acompaña. Y en cuanto al 19% restante como consecuencia de

determinada sentencia, copia de la que igualmente acompaña, de fecha 16 de octubre de 2017 de división de la comunidad de bienes.

b) Que notificó el ejercicio del derecho de separación en el término de un mes sin que haya sido objeto de reconocimiento por la sociedad.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que el solicitante omite que en fecha 21 de diciembre de 2016 se celebró junta general de la sociedad. Que en dicha junta que fue objeto de acta notarial, copia de la cual se acompaña, el asesor legal de la sociedad expuso que el total de las participaciones que representan el capital social estaban en comunidad de bienes conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, procediéndose a la designación de representante, sin que el ahora solicitante se opusiera a ello. Que de lo anterior resulta que en cuanto al 1% que ostenta privativamente el solicitante o bien lo conocía y lo ocultó o bien lo ignoraba como el resto de socios que siempre han actuado en comunidad. Que lo mismo ha ocurrido en las otras dos sociedades del grupo familiar en las que siempre ha existido una comunidad sobre la totalidad de las participaciones por parte de los hermanos que integran el conjunto de socios. Que en fecha 28 de junio de 2018 tuvo lugar otra junta general de la sociedad con la presencia de notario cuya copia de acta igualmente se acompaña. Que la sociedad aprobó un reparto de dividendo con cargo al beneficio de 2017 sumamente amplio y del que el solicitante ya ha recibido un primer pago al que se le ha proporcionado toda la información que ha reclamado. Que de todo lo anterior resulta que se han respetado escrupulosamente todos los derechos individuales del solicitante a pesar de que la sentencia, a la que no se han opuesto, que ha determinado la división de la cosa común es de fecha muy posterior, 28 de julio de 2018. Que en relación a la junta general de fecha 29 de junio de 2017 tanto la sociedad como el resto de copartícipes ignoraban que el 1% correspondiente al solicitante y a cada uno de los otros hermanos pudiera tener carácter privativo al haber siempre actuado en comunidad. Que por el contrario el solicitante, según resulta de su propia solicitud, sí que era consciente pese a lo cual no lo hizo constar en el acta de la junta a la que compareció, como sus hermanos, como copartícipe del 100% del total capital social, como resulta de la propia acta de la junta. Que en la junta así celebrada el representante de todos los copartícipes votó a favor de la aprobación de las cuentas y de la propuesta de aplicación a reservas sin que el ahora solicitante dejara constancia expresa de su voluntad de ejercer un supuesto derecho de separación. Que de todo lo anterior resulta inequívocamente la mala fe del solicitante como lo acredita el tiempo empleado en presentar la presente solicitud, una vez cobrada una sustancial cantidad en concepto de dividendo a cuenta del ejercicio 2017. Que a lo anterior se añade que el solicitante no se ha avenido a una negociación sobre el valor de las participaciones a pesar de que la sociedad ha encargado determinados informes a reputados profesionales y que ha presentado en este trámite otro informe sin que sea el cauce adecuad. Que el solicitante debería, al principio de la junta de 29 de junio de 2017, haber expuesto el carácter privativo de su 1%, haber votado a favor de la distribución del beneficio y sólo en caso contrario habría tenido derecho de separación, lo que no ha ocurrido. Que en definitiva la junta se constituyó y celebró de forma que todos los socios actuaron como copropietarios de todas y cada una de las participaciones sociales.

III

El registrador mercantil de Madrid n.º 23, don Fernando Trigo Portela dictó resolución en fecha 6 de septiembre de 2018 por la que acordó admitir la oposición y resolver la improcedencia 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. El registrador, en esencia, entiende que del acta que se acompaña de la junta general celebrada el día 29 de junio de 2017 resulta que el 100% del capital social aprobó la propuesta de aplicación del resultado.

IV

Don C.G.L., por escrito de fecha 3 de octubre de 2018, que tuvo entrada el día 5 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 el registrador yerra por completo al interpretar los hechos pues a la fecha de la junta general de 29 de junio de 2017 la comunidad sólo representaba al 95% del capital social por pertenecer el 5% restante, en cuanto a un 1% a cada uno de los socios. Que resulta incontrovertido que la sociedad y el resto de socios reconocen en el escrito de oposición el carácter privativo de ese 5% de donde resulta que el solicitante acudió a la junta como titular de un 1% del capital social y como cotitular del 95% restante. Que como titular del 1% resulta que manifestó su condición de socio y votó en contra de la propuesta de aplicación del resultado. Que la sociedad alegue que desconocía que existía un 5% del capital privativo de los socios resulta inconcebible por lo absurdo e irrelevante. Que partiendo de la afirmación del registrador de que el expediente se limita a la comprobación del cumplimiento de los requisitos para la determinación de la procedencia de nombramiento de experto independiente, el único requisito que considera no acreditado es el voto en contra del solicitante al considerar que el 100% del capital, integrado en comunidad, votó a favor de la propuesta de aplicación del resultado. Que, como se ha explicado, dicha afirmación constituye un error mayúsculo pues como se ha acreditado el solicitante ostentaba un 1% de forma privativa y así lo reconoce la propia sociedad en el escrito de oposición. Que la transcripción incorrecta del acta de la junta debe tener una relevancia relativa pues no puede pretenderse que el defecto en su redacción conlleve que el solicitante no asistió a la junta, la anulación de su voto o su inexistencia o absorción por la comunidad de bienes (con cita de sentencia). Que en relación a las cuentas del ejercicio 2016 que constan depositadas en el Registro Mercantil en base a una certificación del acta de la que resulta que las cuentas fueron aprobadas, junto a la aplicación de resultado, por el 100% del capital social se trata sencillamente de una afirmación falsa. Que la certificación tiene una redacción equívoca al indicar que el número de socios presente representaba el 100% del capital social, pero guardando silencio sobre la composición de dicho porcentaje. Que el solicitante se reserva el ejercicio de acciones legales por tal actuación de presidente y secretario. Que en cualquier caso el registrador mercantil no debe atender exclusivamente a su archivo para resolver pues ha de atender también a la documentación presentada por las partes y a sus manifestaciones de las que resulta de forma incontrovertible lo hasta ahora manifestado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Celebrada junta general de una sociedad de responsabilidad limitada, uno de los socios insta del registrador mercantil el expediente de designación de experto independiente previsto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Fundamenta su petición en el ejercicio del derecho de separación previsto en el artículo 348 bis del mismo cuerpo legal.

El registrador mercantil desestima la solicitud porque entiende que del acta de la junta celebrada el día 29 de junio de 2017 y en la que se aprobaron las cuentas correspondientes a 2016 y la aplicación del resultado, resulta que el 100% del capital social voto a favor de la aprobación de las cuentas y de la propuesta de aplicación del resultado a reservas. Añade el registrador que la evidente situación de conflicto que existe entre la sociedad y el socio debe reconducirse al ámbito judicial dado lo limitado del procedimiento registral.

El socio instante impugna la resolución en los términos que es de ver en los hechos porque, a su juicio, es incontrovertible que ostenta la condición de socio individual como titular del 1% del capital social y porque consta debidamente del acta de la junta que como tal voto en contra de la totalidad del orden del día.

2. Para proporcionar una adecuada respuesta en derecho a la situación que constituye el supuesto de hecho, esta Dirección debe insistir en sus reiterados pronunciamientos relativos a la naturaleza del procedimiento y al valor de la documentación que al mismo se trae.

En primer lugar, es preciso traer a colación, a pesar de que el recurrente la conoce, la doctrina relativa al objeto del presente procedimiento. Con carácter expreso establece 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.», refiriéndose

los preceptos a que se remite a la solicitud de designación de auditor por parte del registrador mercantil.

El procedimiento registral contemplado en los citados artículos se caracteriza por lo limitado de su ámbito y de sus medios de conocimiento.

Como esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones *(vide* resoluciones en materia de auditores de fechas 15 de julio y 19 de octubre de 2015, entre otras muchas), el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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).

En consecuencia, no procede que esta Dirección se pronuncie sobre la totalidad de las cuestiones que plantean las partes, que en sus respectivos escritos se comportan como si se encontrasen ante un procedimiento jurisdiccional. Establecida la advertencia anterior, y en la medida que las alegaciones de las partes encajen en lo que constituye el objeto de la presente, esta Dirección llevará a cabo su labor en los términos previstos en el ordenamiento *(vide* artículo 119.2 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

En cuanto a los medios de conocimiento, el procedimiento es de naturaleza escrita y al mismo han de traerse exclusivamente aquellos documentos en los que las partes funden sus pretensiones. Como resulta del artículo 351.2 del Reglamento del Registro Mercantil: «La instancia, debidamente suscrita, habrá de acompañarse, en su caso, de los documentos acreditativos de la legitimación del solicitante.» Por su parte el artículo 354.1 establece que: «La sociedad sólo podrá oponerse al nombramiento solicitado si en el plazo de cinco días, a contar desde la fecha de la notificación, aporta prueba documental de que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante.»

De este modo, todo aquello que no resulte de la documentación presentada queda fuera del procedimiento y deberá, en su caso, ser objeto de valoración en el procedimiento jurisdiccional que las partes consideren conveniente entablar en defensa de su posición jurídica.

3. Como afirmara la Resolución en materia de recursos contra las calificaciones de los registradores de 5 de agosto de 2013, en nuestro ordenamiento jurídico la formación de la voluntad social de las sociedades de responsabilidad limitada se lleva a cabo mediante la adopción de acuerdos en junta gene-

ral (artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital), acuerdos que se adoptan con las mayorías establecidas mediante la emisión del voto por cada socio (artículos 198 y siguientes). Todos los socios tienen derecho a asistir a las juntas (artículo 179) y, salvo excepciones, como es el caso de cotitularidad (artículo 126), a emitir un voto por cada participación de su titularidad (artículo 188). Es por tanto la titularidad la que determina, en principio, la legitimación para asistir a la junta y emitir el voto (artículos 91 y 93) por lo que debe ser acreditada frente a la sociedad por quien reclame el ejercicio de los derechos inherentes a la misma. Al efecto, el órgano de administración tiene encomendada la llevanza del Libro Registro de socios (artículo 105.1) en el que han de constar las sucesivas titularidades de las participaciones (artículo 104.1) con la finalidad de reconocer como socios a los que en él constan como tales (artículo 104.2).

Ahora bien, como tiene declarado este Centro Directivo (Resolución de 26 de noviembre de 2007), este efecto legitimador del asiento practicado en el Libro Registro no tiene un alcance sacramental pues su finalidad es tanto favorecer al socio como a la propia sociedad (aquél no tiene que acreditar su condición, esta ve facilitada su labor de reconocimiento), por lo que nada impide que el órgano de administración, en cuanto titular de la competencia, reconozca como socio a quien se lo acredite debidamente a su satisfacción pese a no constar en el Libro Registro. La solicitud de reconocimiento de la condición de socio y al ejercicio de los derechos inherentes puede hacerse en cualquier momento y su rechazo puede dar lugar a la acción correspondiente por los trámites previstos en el ordenamiento jurídico.

Sobre estas premisas, el ordenamiento atribuye a la mesa de la junta la formación de la lista de asistentes (artículos 191 y 192), para lo que debe emitir una opinión cuando existan reclamaciones de titularidad que no resulten del Libro Registro y que pueden ser tanto estimatorias como desestimatorias (como ocurre a la hora de apreciar la existencia de representación de socios u otras circunstancias similares). Esta Dirección General tiene declarado en una dilatadísima doctrina (por todas Resolución de 29 de noviembre de 2012) que corresponde al presidente realizar la declaración sobre la válida constitución de la junta lo que implica que previamente ha adoptado una decisión cuando existe reclamación de reconocimiento de la condición de socio, declaración frente a la que pueden hacerse reservas o protestas (artículo 102.1.3 del Reglamento del Registro Mercantil). Es cierto que el registrador no está vinculado siempre y en todo caso por la declaración del presidente sobre la válida constitución de la junta, pero para que sea así es preciso que de los hechos resulte una situación de conflicto tal que resulte patente la falta de legalidad y acierto de su declaración. Así ocurre cuando existen juntas contradictorias (Resolución de 20 de diciembre de 2012), o cuando existen dos listas de asistentes diferentes (Resolución de 29 de octubre de 1999) o dos Libros Registros diferentes (Resolución de 13 de febrero de 1998), circunstancias todas ellas que impiden tener por debidamente realizada la declaración de válida constitución

de la junta. Pero fuera de estos u otros supuestos semejantes hay que estar a la declaración del presidente de la junta que es el órgano legalmente encargado de formar la lista de asistentes tras apreciar las cuestiones que se susciten al respecto. La mera oposición de por parte de un presente en la junta general a su decisión no desvirtúa lo anterior sin perjuicio de que aquél que se sienta perjudicado acuda al ejercicio de las acciones previstas en el ordenamiento. Lo contrario significaría desvirtuar un procedimiento, como el del Registro Mercantil, que está basado en gran medida en las declaraciones de voluntad y de verdad emitidas por las personas a quienes el ordenamiento les atribuye, bajo su responsabilidad, esta obligación.

4. Así las cosas, del acta de la junta que aporta el propio solicitante resulta: que la mesa declara que están presentes los socios titulares del cien por cien del capital social, que los anteriores son cotitulares del 100% de las participaciones sociales, que ante la falta de designación de un representante que ejerza los derechos de socio se designa a uno en concreto con el voto en contra de quien hoy ejerce la solicitud, que el presidente declara válidamente constituida la junta, que los puntos del orden del día son aprobados por el 100% del capital social. Consta finalmente que el socio hoy solicitante deja constancia de que es socio a título individual, que no se ha respetado debidamente su derecho de información y que vota en contra de todos los puntos del orden del día.

Ahora, el socio presenta con su solicitud de designación de experto independiente a consecuencia del ejercicio del derecho de separación copia de una escritura pública de la que resulta que cada uno de los cinco socios era titular de un 1% del capital social a título individual y, en función de dicha titularidad, ejerce su derecho.

La sociedad, el resto de socios, no niega la existencia de dicha escritura, sino que en su escrito de oposición afirma que desconocía su existencia y que en cualquier caso la sociedad ha operado siempre asumiendo que todos los socios estaban en comunidad de todas las participaciones sociales.

Llegamos así al núcleo de lo que constituye el objeto de la presente: si la copia de la escritura presentada ahora desvirtúa o no el contenido del acta de la junta de 29 de junio de 2017 amparando la reclamación del solicitante de que se designe experto independiente como consecuencia del ejercicio del derecho de separación.

Y la respuesta sólo puede ser, en el ámbito de este expediente negativa.

Del acta de la junta resulta de modo indubitado que los cinco socios de la sociedad eran cotitulares del cien por cien del capital social, que eligieron a un representante y que este emitió el voto favorable a todos los puntos del orden del día. Aunque de la propia acta resulta que el socio hoy instante alegó su condición de socio individual no resulta de la misma el título en que basaba su reclamación y, en cualquier caso, resulta que la mesa de la junta desestimó su alegación. Resulta en definitiva que en el ámbito de la junta de 29 de junio

de 2017 no se reconoció al hoy solicitante el carácter de socio a título individual ni, en consecuencia, se le reconoció la emisión de un voto individual.

Las anteriores circunstancias se corroboran por el hecho de que las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 constan depositadas en el Registro Mercantil de Madrid en términos coincidentes con las afirmaciones anteriores. De conformidad con el artículo 20.1 del Código de Comercio: «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 y resultando del contenido del Registro la exactitud y validez de los acuerdos adoptados en la junta de 29 de junio de 2017, es preciso estar a ello en tanto no se declare su inexactitud.

5. Los argumentos de contrario del recurrente no pueden enervar las anteriores conclusiones.

En primer lugar, porque siendo ahora indiscutida la existencia de la escritura pública por la que cada uno de los cinco hermanos adquirieron en el año 2005 un 1% del capital a título individual dicha circunstancia no es, por si misma, determinante a los efectos de la presente. Téngase en cuenta que, pese a la puesta de manifiesto de dicha escritura, lo que resulta determinante es que la mesa de la junta no aceptó la condición de socio individual del ahora solicitante por lo que no aceptó su actuación en tal condición ni computó su voto ni lo considero por emitido. El socio ha tenido a su disposición el ejercicio de las acciones previstas en el ordenamiento para la impugnación de dicha situación sin que resulte del expediente que así haya sido. En consecuencia y a los efectos de este expediente la situación es la que resulta del acta de junta presentada y del contenido del Registro Mercantil de donde se sigue que el solicitante no actuó como socio individual en dicha junta ni se aceptó o computó su actuación en concepto de tal.

En segundo lugar, la sociedad, que no niega la validez y existencia de la escritura pública, afirma que pese a ella el funcionamiento de la sociedad se ha llevado a cabo como si la totalidad del capital social perteneciera en comunidad a los cinco socios, aportando documentación de respaldo. Téngase en cuenta que la situación de comunidad puede derivarse de un pacto expreso o tácito entre los copartícipes (artículo 392 del Código Civil), situación perfectamente compatible con la existencia de la reiterada escritura pública y que escapa por completo del ámbito de este procedimiento debiendo ser, en su caso, los tribunales de justicia lo que hayan de pronunciarse al respecto.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 23, don Fernando Trigo Portela de fecha 6 de septiembre de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 diciembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 18 de diciembre de 2018 (2.ª)

En el expediente 173/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Afronta Consultoría y Formación, S.L.»

HECHOS

I

Don A.J.C.G. presentó un escrito de fecha 23 de julio de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 25 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Afronta Consultoría y Formación, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de sus participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

En concreto de la instancia resulta que se trata de una solicitud cautelar por considerar que la junta a que se hará referencia es radicalmente nula por lo que la solicitud podría quedar sin efecto. Que no obstante y dado que de no ser judicialmente declarada podría quedar perjudicado su derecho es por lo que se lleva a cabo la solicitud. Igualmente solicita la designación del experto a fin de que determine si los beneficios repartidos son inferiores a los realmente producidos porque a su juicio se han producido repartos ilegales que han disminuido su cuantía.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que en la junta general celebrada el día 27 de junio de 2018 se aprobó la aplicación del resultado en cuyo punto del orden del día el solicitante votó a favor del reparto de dividendo, pero se opuso a su importe por insuficiente.

Resulta del acta notarial autorizada por el notario de Madrid don Santiago María Cardelús Muñoz-Seca en fecha 27 de junio de 2018 que en dicha fecha se reunió la junta general de la sociedad a la que concurrieron los tres socios de la sociedad, el hoy solicitante junto con su letrado que actúa también como representante. Que el citado letrado del solicitante impugnó la relación de participaciones que se manifiesta ostenta cada socio, así como el transcurso del plazo legal entre la convocatoria y la celebración de la junta. Que formada la mesa de la junta, su presidente, el hoy solicitante manifiesta que no reconoce el quórum de

la junta al no aceptar las titularidades de los otros dos socios. Que por mayoría de los presentes se elige una nueva mesa previa destitución del solicitante como administrador de la sociedad quien hace reserva de acciones. Que, entre otros acuerdos, y tras aprobarse las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017, se entra en la discusión de la propuesta de aplicación del resultado positivo que asciende a la cantidad de 60.514,49 euros. Que la propuesta es que el beneficio permanezca en la sociedad si bien el hoy solicitante propone que se lleve a cabo el reparto de un tercio de los beneficios como dividendo destinando los dos tercios restantes a reservas voluntarias y legales. La junta aprueba por dos tercios de los votos emitidos destinar el beneficio obtenido en cuanto a un tercio para dividendos y dos tercios para reservas. Dicho acuerdo fue adoptado con el voto en contra del hoy solicitante que hace constar expresamente su oposición al acuerdo y la reserva de acciones. El representante del hoy solicitante afirma que la cifra es muy superior a la presentada a la junta por lo que de no acordarse el reparto del tercio de la cantidad que estima ejercerá el derecho de separación.

Del contenido de las cuentas anuales resulta que la sociedad obtuvo un beneficio positivo en el ejercicio 2017 de 60.514,49 euros.

b) Que por medio de burofax remitido el día 16 de julio a la sociedad el hoy instante notificó el ejercicio de su derecho de separación sin que haya recibido contestación.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que se ha recibido en fecha 16 de agosto el traslado de la solicitud. Que es falsa la afirmación de la solicitud de que el solicitante votara a favor del reparto de beneficios pues como resulta del acta notarial votó en contra del acuerdo de reparto de un tercio del beneficio como dividendo. Que tampoco es cierto que ante la notificación de ejercicio de derecho de separación no hubiera respuesta pues la sociedad respondió (se acompaña documento), si bien negando la existencia del derecho. Que en definitiva no se producen los requisitos exigidos por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que las manifestaciones sobre la incorreción del beneficio social no pueden prevalecer sobre el contenido de las cuentas anuales aprobadas por la junta general en tanto no exista una declaración judicial de nulidad. Que la designación de experto no puede hacerse con carácter cautelar pues tal medida está reservada a los tribunales de justicia.

III

El registrador mercantil de Madrid n.º 10, don Jesús González y Salinas dictó resolución en fecha 28 de agosto de 2018 por la que acordó admitir la oposición y resolver la improcedencia 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 A.J.C.G., por escrito de fecha 10 de octubre 2018, que tuvo entrada el día 24 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes, resumidamente, fundamentos: Que la resolución niega que el solicitante votara a favor del reparto de dividendos.

Que el acta notarial de la junta se redactó por el notario en base a las notas tomadas durante su celebración lo que ha podido dar lugar a errores de interpretación como pudo constatar esta parte al tener acceso a la copia. Que por burofax solicitó del notario que incluyese en la redacción del acta que el solicitante no votaba en contra del reparto de dividendo sino de su importe, solicitud a la que se negó el notario autorizante. Que la sociedad ejerció su derecho de oposición fuera de plazo si bien reconoce que la oposición al acuerdo del solicitante era a su cuantía, no al hecho de repartir dividendos. Que de todo lo anterior y de su exégesis conjunta resulta con claridad el error del registrador mercantil pues lo que queda claro era la oposición a la cuantía del dividendo repartido y no al hecho del reparto. Que aunque el acuerdo haya sido adoptado en junta de 27 de junio de 2018 los actos propios de la sociedad privan de toda validez jurídica al mismo toda vez que han pasado tres meses desde su adopción sin que se haya procedido al reparto en contra de la previsión del artículo 276 de la Ley de Sociedades de Capital lo cual pone de manifiesto que la voluntad real de la sociedad es no proceder a su reparto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 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, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Celebrada junta general de la sociedad a la que concurren, presentes o representados, sus tres socios, y tras la discusión de determinadas cuestiones que ponen de relieve la profunda disensión entre el hoy solicitante y el resto de socios, se aprueban las cuentas anuales del ejercicio 2017 y la aplicación del resultado. Del acta notarial que documenta lo ocurrido en la junta general resulta que a petición del hoy solicitante se acuerda distribuir un tercio del beneficio obtenido como dividendo destinando el resto a reservas. El anterior acuerdo se adopta con el voto en contra del hoy solicitante que según el acta notarial expresa su disconformidad con el importe del beneficio (que a su juicio es mucho mayor que el que consta en las cuentas anuales), así como su intención de ejercer las acciones que le correspondan. De igual modo, con carácter previo, y en referencia a la propia convocatoria de la junta general y

legitimación de cada uno de los socios presentes se hace expresa reserva de acciones.

2. En base a esta última circunstancia el instante solicita la designación cautelar de un experto independiente pues siendo su intención impugnar la validez de la junta lleva a cabo empero la solicitud para no perjudicar su derecho. Asimismo entiende que el experto independiente deberá valorar si efectivamente se ha acordado el reparto de un tercio del dividendo obtenido o se ha burlado este derecho por existir repartos ilegales que han minorado el beneficio a repartir.

Con anterioridad a entrar en el fondo del asunto, esta Dirección General entiende pertinente rechazar el contenido de las anteriores afirmaciones por no ser conformes a derecho y con la doctrina que en su ejecución ha ido elaborando a través de los años.

En primer lugar, porque no cabe la solicitud cautelar de nombramiento de experto independiente en el ámbito de este procedimiento administrativo. El procedimiento registral de designación de experto independiente contemplado en el Reglamento del Registro Mercantil se caracteriza por lo limitado de su ámbito y de sus medios de conocimiento.

Como esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones *(vide* resoluciones en materia de auditores de fechas 15 de julio y 19 de octubre de 2015, entre otras muchas), el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. 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 (artículo 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).

En consecuencia, no procede que esta Dirección se pronuncie sobre cuestiones sobre las que carece de competencia. Establecida la advertencia anterior, y en la medida que las alegaciones de las partes encajen en lo que constituye el objeto de la presente, esta Dirección llevará a cabo su labor en los términos previstos en el ordenamiento *(vide* artículo 119.2 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

En cuanto a los medios de conocimiento, el procedimiento es de naturaleza escrita y al mismo han de traerse exclusivamente aquellos documentos en los que las partes funden sus pretensiones. Como resulta del artículo 351.2 del Reglamento del Registro Mercantil: «La instancia, debidamente suscrita, habrá de acompañarse, en su caso, de los documentos acreditativos de la legitimación del solicitante.» Por su parte el artículo 354.1 establece que: «La

sociedad sólo podrá oponerse al nombramiento solicitado si en el plazo de cinco días, a contar desde la fecha de la notificación, aporta prueba documental de que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante.»

De este modo, todo aquello que no resulte de la documentación presentada queda fuera del procedimiento y deberá, en su caso, ser objeto de valoración en el procedimiento jurisdiccional que las partes consideren conveniente entablar en defensa de su posición jurídica. La afirmación anterior es relevante porque la afirmación del escrito de solicitud de que se va a proceder a la impugnación de la convocatoria de la junta o de sus acuerdos no viene respaldada en el expediente por documentación alguna de la que así resulte. Dicha circunstancia es relevante a su vez porque de la misma depende la suspensión o no del procedimiento.

Esta Dirección ha reiterado que el registrador debe suspender el ejercicio de su competencia si se le acredita debidamente que la cuestión que constituye el objeto del expediente está siendo objeto de conocimiento por los Tribunales de Justicia. Así lo ha afirmado la doctrina elaborada por esta Dirección en sede de recursos contra la designación de auditor a instancia de la minoría (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), cuando afirma que procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial su legitimación en cuanto constituye la base sobre la que se ejercita el derecho (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 ella). 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.

Así lo entiende expresamente la reciente Ley 15/2015, de 2 julio, de Jurisdicción Voluntaria cuando afirma en su artículo 6.3: «Se acordará la suspensión del expediente cuando se acredite la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso cuya resolución pudiese afectarle, debiendo tramitarse el incidente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.».

Y así lo confirma en el ámbito de este procedimiento la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, 198/2018 de 28 de marzo, cuando afirma: «En cuanto a la hipótesis que plantea la sentencia (que un procedimiento sobre el derecho del art 348bis que llegara a una solución distinta al registrador sobre la concurrencia de los requisitos del derecho de separación), ello no es algo ajeno a los procedimientos de jurisdicción voluntaria), pudiendo servir de pauta interpretativa lo previsto en el art 19.4 LJV, así como en los casos de tramitación simultánea (art 6LJV), habiendo ya contemplado la propia DGRN (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 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), casos de suspensión del procedimiento registral (vgra. cuando se está discutiendo en vía judicial la condición de socio o porcentaje de participación en el capital social), que entendemos aquí trasladables.»

Como resulta del propio artículo 6.3 citado es preciso tanto la acreditación de la existencia de un proceso jurisdiccional contencioso como que la resolución judicial que recaiga pueda afectar al objeto del expediente de jurisdicción voluntaria. Cualquier otra contienda entre las partes no altera la marcha del expediente sin perjuicio de las consecuencias que, en su caso, se deriven de las resoluciones judiciales que de ellos se deriven.

De este modo, no procede la suspensión del procedimiento por la mera afirmación de que existe oposición de la sociedad ni tampoco si la parte se limita a afirmar que va a entablar acción o si afirma, pero no acredita, la existencia de un procedimiento judicial cuya resolución pueda afectar al contenido del expediente 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 materia de recursos contra la designación de auditor a instancia de la minoría).

Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho y no resultando del expediente la interposición de acción alguna, procede que esta Dirección se pronuncie no de forma cautelar sino definitiva sobre la cuestión de fondo. Por el contrario, si se hubiese acreditado la existencia de una acción jurisdiccional con relevancia para la presente lo pertinente habría sido la suspensión de este procedimiento hasta la acreditación de sentencia firme y, en este caso, para cerrarlo definitivamente o para entrar en el fondo, pero nunca para emitir una resolución cautelar.

Como segunda cuestión previa y por lo que se refiere al mandato del experto independiente, hay que recordar que de conformidad con la dicción del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital su contenido no es proceder a la revisión de las cuentas anuales o a su verificación (competencia esta atribuida a los auditores de cuentas, *vide* artículo 1.3 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), sino la determinación del valor de las acciones o participaciones del socio separado o excluido. En consecuencia, la resolución de esta Dirección General por la que se estime la solicitud de designación de experto independiente con fundamento en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital no puede contener otro mandato que el previsto legalmente. Si el interesado entiende que con carácter previo es preciso impugnar el contenido de las cuentas anuales debe proceder en consecuencia y ejercitar al efecto las acciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico para la impugnación del acuerdo de aprobación de su contenido (artículos 204 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital).

3. Entrando en el fondo del asunto resulta con absoluta claridad la imposibilidad de estimar el recurso. Esta Dirección General ha elaborado una dilatada doctrina *(vide* vistos), sobre el sentido del voto requerido por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Dispone así el citado precepto en su primer apartado: «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.»

La previsión del artículo 348 bis es diáfana: 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.»

Sobre esta base, es preciso interpretar el precepto en la forma más adecuada para que produzca el efecto perseguido buscado por la norma. Como afirma la citada 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. Es decir, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

Lo que ocurre es que en el supuesto que da lugar a la presente la junta general ha acordado, precisamente a instancia del solicitante, la distribución del beneficio en cuanto a un tercio al pago de dividendo dando así cumplimiento a la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y excluyendo la existencia de derecho de separación. No hay pues concurrencia del conjunto de requisitos exigidos para el nacimiento a favor del socio disidente del derecho de separación.

Siendo esto así, resulta indiferente cual haya sido el sentido del voto del ahora solicitante pues en cualquier caso (tanto si votó a favor como en contra), no existe derecho de separación al haber acordado la sociedad el reparto del dividendo por cuantía igual al mínimo exigido por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. La pretensión de que en realidad el beneficio no es el que consta aprobado por la junta sino otro distinto es absolutamente inadmisible como ha quedado expuesto sin perjuicio del ejercicio de las acciones que puedan corresponderle.

Entenderlo de otra manera implicaría desfigurar por completo el sentido de un precepto que, si bien es cierto que tiene una dicción poco afortunada, tiene la evidente finalidad de otorgar el derecho de separación al socio que está en desacuerdo con la propuesta de aplicación de resultado que no contemple la distribución de, al menos, un tercio en forma de dividendo.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 10, don Jesús González y Salinas de fecha 28 de agosto de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 diciembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

2.2 Nombramiento de mediadores concursales

Resolución de 1 de agosto de 2018

En el expediente 1/2018 sobre nombramiento de mediador concursal a instancia de la Asociación Apostolado de Nuestra Señora de Fátima en España.

HECHOS

I

Don J.J.A.C., actuando como secretario nacional en representación de la Asociación Apostolado de Nuestra Señora de Fátima en España, presentó un escrito de fecha 4 de mayo, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 17 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 231 de la Ley Concursal, el nombramiento de un mediador concursal a fin de alcanzar un acuerdo extrajudicial en los términos previstos en dicha Ley.

El solicitante basa su solicitud en el hecho de que la Asociación que representa reúne los requisitos establecidos en la legislación Concursal para solicitar la designación de mediador concursal.

De la documentación aportada resulta, entre otras cuestiones que no son de interés para el presente que la Asociación se encuentra inscrita en el Registro de Asociaciones Religiosas del Ministerio de Justicia.

II

El registrador mercantil de Madrid n.º 13, don José María Méndez Castrillón Fontanilla dictó resolución en fecha 18 de mayo de 2018 por la que acordó la improcedencia del nombramiento solicitado, en los términos siguientes: «Vista la solicitud de nombramiento de mediador concursal presentada en este Registro Mercantil, con fecha 17 de mayo de 2018, por don ….. en representación de la Asociación Ejercito Azul de Nuestra Señora-Apostolado Mundial de Fátima en España y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 231 y siguientes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil (por remisión del artículo 233 de la Ley 22/2003). Se deniega el nombramiento de mediador concursal solicitado teniendo en cuenta que aunque para los casos de solicitudes formuladas por entidades o empresarios no inscritos (art. 232.3 LC) se instará la apertura de la correspondiente hoja registral, que ha de entenderse sujeta a las

exigencias de los artículos 87 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, con solicitud expresa en tal sentido o, al menos, cumplimentando en la solicitud de nombramiento de mediador los requisitos del artículo 93 del citado Reglamento, en este caso, dado que el deudor es una asociación habrá de Sestarse a lo establecido en el artículo 24 de la Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo reguladora del Derecho de Asociación, según el cual las asociaciones se inscribirán en el Registro de Asociaciones correspondiente, lo que excluye la competencia a estos efectos del Registro Mercantil. Las asociaciones tienen una naturaleza ajena al ámbito mercantil y tratan de desarrollar el derecho constitucional de asociación sin ánimo de lucro. Contra este acuerdo podrá interponerse Recurso … Madrid, 18 de mayo de 2018 El registrador mercantil.»

III

Don J.J.A.C., en el concepto en que interviene, presentó un escrito de fecha 15 de junio de 2018 en el Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo entrada el día 21 inmediato posterior, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes motivos: 1.º Que el artículo 1.º de la Ley Concursal señala que la declaración de concurso procede respecto de cualquier deudor. Que el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación contempla la libertad de constitución de asociaciones, en relación con el artículo 35 del Código Civil que define las asociaciones como personas jurídicas. Que en base a todo ello su representada está legitimada para instar la solicitud de un procedimiento concursal y, por ende, de un acuerdo extrajudicial de pagos. 2.º Que su representada tiene su domicilio en Madrid y se encuentra inscrita en el Registro de Asociaciones Religiosas del Ministerio de Justicia. 3.º Que de los artículos 231 y 232 de la Ley Concursal resulta que su representada tiene derecho a solicitar acuerdo extrajudicial al cumplir con todos los requisitos establecidos en la propia Ley. 4.º Que la Ley Concursal se refiere a empresarios o entidades inscribibles, cumpliendo este requisito la solicitante al estar inscrito en el Registro citado. Que no es de aplicación el artículo 93 del Reglamento del Registro Mercantil porque la asociación no es un empresario individual sino una persona jurídica y porque cumple con lo establecido en el artículo 24 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, al constar inscrita en el registro competente. Que lo esencial no es su condición de asociación sino su naturaleza de persona jurídica legitimada para solicitar el inicio de un acuerdo extrajudicial de pagos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto el artículo 16 del Código de Comercio; los artículos 231, 232.3 y 233 de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal; 112, 114, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 136, 137, 138, 305 y 306 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social; 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; así como las Resoluciones de este Centro Directivo citadas en el texto.

1. La única cuestión que se plantea en este expediente consiste en determinar si el registrador mercantil es competente para designar mediador con-

cursal cuando el solicitante es una asociación inscrita en el registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia o si por el contrario, como se verá, dicha competencia está atribuida al notario correspondiente a su domicilio.

2. Como pusieron de relieve las resoluciones de este Centro Directivo de 4 y 9 de marzo de 2016, resulta del artículo 232.3 de la Ley Concursal, que el registrador Mercantil debe comprobar «el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231», así como «los datos y documentación aportados por el deudor». Sólo en el supuesto que de la documentación aportada (y del contenido del Registro Mercantil o del Registro Público Concursal, en su caso), resultase que el solicitante carece de la legitimación necesaria para solicitar el nombramiento de mediador concursal o que incurre en alguna de las exclusiones legales, puede el registrador rechazar la solicitud sin perjuicio de la posibilidad de subsanación de la deficiencias observadas y enmendables a que se refiere el mismo precepto.

Entre los requisitos que debe analizar el registrador Mercantil está la apreciación de su propia competencia, que viene determinada por las características del deudor solicitante tal y como resulta del artículo 232.3 de la Ley Concursal que, en lo que ahora interesa dice así: «En caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, se solicitará la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito».

Consecuentemente el registrador debe en primer lugar verificar si el solicitante es empresario o entidad inscribible pues en caso de serlo debe proceder a la apertura de la hoja que corresponda, siempre que proceda el nombramiento de mediador y que el solicitante haya aportado los documentos precisos para ello.

Junto a los sujetos contemplados como empresarios o comerciantes en la legislación mercantil, la Ley Concursal asimila otros sujetos personas físicas cuya competencia para la designación de mediador concursal es atribuida igualmente al registrador Mercantil. Dice así el artículo 231.1 de la propia Ley en su segundo párrafo: «A los efectos de este Título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos».

Corresponde igualmente al registrador Mercantil la competencia de designación de mediador concursal cuando el solicitante sea persona física que ejerza actividades profesionales, cuando ostente la condición de empresario de acuerdo a la legislación de la Seguridad Social, así como cuando ostente la condición de trabajador autónomo.

3. A la vista de las consideraciones anteriores es claro que no procede la estimación del recurso al haber establecido la Ley Concursal la competencia

del registrador mercantil exclusivamente para los supuestos en ella contemplados.

Tal y como resulta de las normas a que se ha hecho referencia, tratándose de personas jurídicas la competencia del registrador mercantil se limita a aquellas que tienen la consideración de «entidades inscribibles», lo que reconduce su determinación al contenido del artículo 16 del Código de Comercio y al artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil (y siempre que no se encuentren dentro de la categoría excluida por el inciso final del artículo 231 de la Ley Concursal).

Del artículo 16.1 del Código de Comercio resulta con absoluta claridad que solo puede acceder a la inscripción en el Registro Mercantil las personas jurídicas que ostenten la cualidad de sociedades mercantiles a las que se añaden las asimiladas en sus números 3.º, 4.º, 6.º y 7.º. Con respecto a otras personas jurídicas dice así su apartado 5.º: «Cualesquiera personas, naturales o jurídicas, cuando así lo disponga la Ley.»

De contrario, las asociaciones que carezcan de cobertura legal que así lo disponga no son inscribibles en el Registro Mercantil de donde se sigue que, a los efectos del artículo 231 de la Ley Concursal, no tienen el carácter de entidades inscribibles y consecuentemente deben dirigir su solicitud de designación de mediador concursal al notario de su domicilio.

4. La Ley Concursal no se limita a distinguir entre empresario por un lado y entidad inscribible por otro, como afirma el escrito de recurso, pues la referencia a aquél se hace en cuanto persona natural que por su carácter de empresario puede acceder al Registro Mercantil. Así resulta con toda claridad del propio precepto al vincular tal carácter con la apertura de folio registral y del segundo párrafo del propio artículo 232.3 cuando se refiere a la «persona natural empresario». De la interpretación conjunta de este artículo así como del contenido del segundo párrafo del artículo 231 de la misma norma resulta patente que la competencia de los registradores mercantiles comprende la designación de administradores concursales cuando el solicitante es o bien una persona jurídica inscribible en el Registro Mercantil o bien una persona física que por su carácter de empresario pueda inscribirse en el mismo registro o bien una persona física que, aunque no inscribible en el Registro, se encuentre entre las asimiladas por el segundo párrafo del artículo 231 de la Ley Concursal. Las personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil quedan por tanto fuera de la competencia del registrador.

5. Y es que, en definitiva, el escrito de recurso desenfoca por completo la cuestión que resulta de la resolución impugnada que no discute en ningún momento la idoneidad de la asociación para solicitar la apertura de expediente de nombramiento de mediador concursal. Es la propia competencia del registrador mercantil para tramitar el expediente y para llevar a cabo la designación del mediador la que resulta rechazada por la resolución recurrida.

Es indiscutible que todo deudor (salvo los excluidos por la propia norma), tienen derecho a solicitar la apertura de un expediente de acuerdo extrajudi-

cial y nombramiento de mediador concursal. La resolución del registrador impugnada no discute dicha circunstancia como no lo hace esta Dirección General sin perjuicio de que proceda la confirmación de la decisión del registrador por cuanto la competencia viene legalmente atribuida, como queda ampliamente motivado, al notario del domicilio del deudor (artículo 232.3 párrafo segundo in fine de la Ley Concursal)

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 13, don José María Méndez Castrillón Fontanilla de fecha 18 de mayo de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 agosto de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

2.3 Convocatoria de Junta General

Resolución de 7 de febrero de 2018

En el expediente 1/2018 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Dop Gourmet, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 12 de septiembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día siguiente, en el que solicitó, al amparo del artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Dop Gourmet, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta:

a) Que como titular del 10% del capital social dirigió escrito de fecha 19 de junio de 2017 y mediante burofax a la administración de la sociedad con el fin de que se convocara junta general con el orden del día que en el mismo constaba. De ejemplar del requerimiento, que se acompaña, resulta que se solicitó, ante la convocatoria de junta por parte de la administración para el día 27 de junio de 2017, determinadas aclaraciones, la presencia de notario y la remisión de determinada información. Además, se solicitó que se complementara el orden del día en los términos que se dirá a continuación o, en su defecto, que se llevase a cabo una nueva convocatoria al amparo del artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital. De la solicitud resulta que se solicita que se incluyan en el orden del día la aprobación de las cuentas y aplicación del resultado de los ejercicios 2014 y 2015, la gestión del administrador durante este último ejercicio, la revisión de los datos del ejercicio a junio de 2017 (en los términos que se dirán), la revisión de las aportaciones de los socios hasta la fecha y de los préstamos concedidos, el cese del administrador único y el nombramiento, en su caso, de nuevo administrador.

El administrador único de la sociedad, don ….., contestó al anterior escrito, en lo que interesa a la presente, señalando que no procede la modificación del orden del día de la convocatoria ordinaria ya realizada.

b) El socio instante requirió de nuevo a la administración (una vez celebrada la junta de fecha 27 de junio de 2017), mediante escrito de fecha 24 de julio de 2017, para que llevase a cabo la convocatoria de junta extraordinaria a que se refiere el punto anterior.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día a que se ha hecho referencia.

b) Que designe como presidente de la Junta General a celebrar con independencia de lo que establecen los estatutos sociales.

La registradora mercantil de Barcelona que se dirá, en fecha 20 de septiembre de 2017, requirió al solicitante a fin de que aportase determinada documentación. En lo que ahora importa, para que aportase copia del acta notarial de requerimiento.

El solicitante cumplimentó el requerimiento aportando copia del acta autorizada en fecha 20 de junio de 2017 por el notario de Barcelona don Ricardo Manen Barceló. De dicho documento resulta que el ahora solicitante, junto con otra persona, requirieron a la administración de la sociedad en términos idénticos a los más arriba expresados en fecha 19 de junio de 2017. Resulta por diligencia que el requerimiento fue debidamente llevado a cabo en la misma fecha que su autorización.

II

La administración de la sociedad, tras una larga exposición de los hechos que, a su juicio, han derivado en la situación actual, se opone a la convocatoria por no concurrir los requisitos legales al efecto. En concreto afirma el escrito del administrador único que la junta general de fecha 27 de junio de 2017 se celebró con carácter de universal por lo que cualquier defecto de convocatoria quedó subsanado. En cuanto al requerimiento posterior (se refiere al de fecha 24 de julio de 2017), no procede la convocatoria por no contener un orden del día y limitarse a un requerimiento de información y aviso de posibles acciones legales. No obstante, el administrador manifiesta su compromiso de convocar junta extraordinaria al final del ejercicio 2017 y una vez que se hayan finalizado los informes solicitados en relación al patrimonio de la sociedad y otras circunstancias y una vez que quede aclarado con el solicitante cual haya de ser el orden del día.

III

La registradora mercantil de Barcelona n.º 10, doña Azucena Bullón Manzano dictó resolución en fecha 20 de noviembre de 2017 por la que acordó estimar parcialmente la solicitud acordando la celebración de la junta general para el día 30 de enero de 2018 con el orden del día que especifica y con designación de presidente y secretario. En el pie de su resolución la registradora mercantil advierte de la posibilidad de recurso ante esta Dirección General contra los aspectos no estimados de la solicitud (los relativos a las cuentas correspondientes a los ejercicios 2014 y 2015 que se encuentran debidamente depositadas en el Registro Mercantil).

IV

Don ….., como administrador único, por escrito de fecha 3 de enero de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Barcelona, y en esta Dirección General el día 9 de enero de 2018, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando lo expuesto en su escrito de oposición y añadiendo, resumidamente, lo siguiente: «1.º Que las cuestiones incluidas en el orden del día decidido por la

registradora resultan nada relevantes ni justificativas de las garantía impuestas de que actúe letrado como presidente y notario como secretario. 2.º Que de los artículos 170 y 203 de la Ley de Sociedades de Capital no resulta que los honorarios del letrado deban ser satisfechos por la sociedad que se encuentra en un periodo de pérdidas y no podrá satisfacerlos. 3.º Que prueba de lo absurdo de la convocatoria es que los puntos a desarrollar no tendrán trascendencia alguna ni estar disponibles los instrumentos probatorios a que por extenso hace referencia. 4.º Que se dice resolución revocatoria y, en su caso, queden suspendidos los efectos de la resolución hasta que recaiga resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Solicitada por un socio de sociedad de responsabilidad limitada la convocatoria de junta al amparo de lo establecido en el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la registradora mercantil estima la solicitud. El administrador recurre su decisión en los términos que resultan de su escrito solicitando la suspensión de la convocatoria.

Con independencia de que esta última solicitud resulta de imposible cumplimiento habida cuenta de la fecha establecida para la celebración de la convocatoria y la fecha de la presente, lo cierto es que resulta del todo improcedente.

Establece el artículo 170.3 de la Ley de Sociedades de Capital lo siguiente: «Contra la resolución por la que se acuerde la convocatoria de la junta general no cabrá recurso alguno.» La dicción del precepto, que es anterior a la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria pero cuyo tenor confirma el artículo 119.5 de la propia Ley tiene un doble efecto: en primer lugar, procurar la ejecutividad inmediata del acuerdo a fin de que no se demore la celebración de una junta cuyos requisitos de convocatoria, en los términos de los artículos 168, 169.1 y 171 de la Ley de Sociedades de Capital, resultan acreditados. En segundo lugar, se evita una eventual impugnación para el caso de que, como en el presente supuesto, la resolución sea de fecha posterior a la celebración de la junta y sin perjuicio de que, quien ostente legitimación, acuda a los Tribunales de Justicia si considera que la convocatoria acordada es contraria a derecho (artículos 204 y 206 de la Ley de Sociedades de Capital).

Es preciso puntualizar que la previsión del artículo 170.3 de la Ley de Sociedades de Capital no impide el ejercicio del derecho de recurso por causa de pedir basada en motivos de nulidad distintos de la propia resolución del

registrador *(vide* artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la resolución de este Centro de fecha 25 de abril de 2016 en materia de convocatoria de junta). No obstante, ni siquiera en este supuesto la interposición del recurso implica per se la suspensión de los efectos de la resolución del registrador *(vide* artículo 108 de la propia Ley de procedimiento), quedando incólume, en su caso, la legitimación para solicitar la declaración judicial de nulidad de los acuerdos adoptados en los términos a que se ha hecho referencia anteriormente.

2. Con independencia de lo anterior, con la finalidad de satisfacer la pretensión del impugnante, así como la de evitar posibles alegaciones de indefensión, esta Dirección General considera oportuno confirmar, por sus propios fundamentos, la resolución de la registradora mercantil.

Procede confirmar en primer lugar, el limitado objeto del procedimiento y de la resolución que le pone fin. 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 recurrente, de forma muy extensa, ha 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 administrador único 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. Cualquier otra cuestión como es la valoración de la conducta de las partes involucradas, las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse, o la valoración de si los puntos del orden del día contenidos en la solicitud pueden dar lugar a acuerdos inscribibles o si o no relevantes para la vida social quedan completamente al margen del procedimiento. 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.

Procede confirmar igualmente la imputación de los gastos que se ocasionen a la sociedad dado el inapelable contenido del artículo 170.4 de la Ley de Sociedades de Capital y entre los que se encuentran, indudablemente, los necesarios para la realización de la junta en los términos establecidos en la resolución estimatoria de la registradora.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Barcelona n.º 10, doña Azucena Bullón Manzano de fecha 20 de noviembre 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 febrero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora de Barcelona.

Resolución de 9 de febrero de 2018 (1.ª)

En el expediente 2/2018 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Gabinete de Urbanística Aplicada II, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 2 de noviembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 6 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Gabinete de Urbanística Aplicada II, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta, por lo que interesa a la presente, lo siguiente:

a) Que el solicitante es socio de la sociedad, titular de una única participación social de las mil en que se divide el capital social.

b) Que el administrador único, y titular de las restantes 999 participaciones sociales de la sociedad, don ….. ha fallecido el día 11 de septiembre de 2017. Resulta igualmente que el solicitante es el albacea contador partidor designado en testamento.

c) Que debido a la grave situación de la sociedad y del patrimonio de don ….. provocada tanto por la crisis económica como por la larga enfermedad del entonces administrador, el solicitante, en su calidad de albacea contador partidor ha presentado ante el juzgado de lo Mercantil la solicitud de declaración de concurso de la herencia yacente.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el único punto en el orden del día relativo a la designación de administrador único.
b) Que se ordene que se levante acta notarial.
c) Que designe como presidente de la Junta General a celebrar al solicitante y como secretario a doña Ana Fernández Tresguerres, notario de Madrid.

Del certificado de defunción que se acompaña resulta que la fecha de fallecimiento de don Tomás Fernández Giménez ha sido el día 10 de septiembre de 2017.

II

Notificada la sociedad, no resulta alegación alguna.

III

El registrador mercantil de Madrid n.º 11, don Francisco Javier Llorente Vara dictó resolución en fecha 12 de diciembre de 2017 por la que acordó suspender la solicitud del socio habida cuenta de la indeterminación de la titularidad de las 999 participaciones a que se ha hecho referencia, al estar pendiente de aceptación la herencia así como presentada solicitud de concurso voluntario por lo que no podrá prosperar la solicitud hasta que no se concrete la aceptación de herencia y concluya, en su caso, el procedimiento judicial, y ello a efectos de garantizar que la convocatoria solicitada pueda realizarse con los requisitos legales en cuanto a la constitución de la junta y adopción de acuerdos.

IV

Don ….., por escrito de fecha 10 de enero de 2018 de 2018, que tuvo entrada el día 12 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 de la resolución del registrador mercantil cabe entender que no acepta la legitimación del albacea contador-partidor para representar a la herencia yacente. Que de acuerdo con el artículo 902 del Código Civil el albacea tiene la facultad de conservar y custodiar los bienes de la herencia. Que el Tribunal Supremo ha entendido que entre las facultades del albacea se encuentra la de administrar pues de otro modo no podría llevar a cabo la previsión legal, con cita de la sentencia de 15 de abril de 1982 así como de la sentencia de 30 de marzo de 2004. Que de las sentencias del Tribunal Supremo resulta que considera al albacea como un alter ego del causante que tiene facultades de representar a la herencia yacente y vigilar el cumplimiento del testamento, así como tomar las precauciones precisas para la conservación y custodia de los bienes que comprende la herencia, comprendiendo la facultad de administrarlos, entre las que hay que entender la de representar a la herencia yacente en las juntas generales de las sociedades cuyos títulos formen parte de la misma. Que así resulta de la sentencia de 12 de mayo de 2003 de la Audiencia Provincial de Málaga y de la sentencia de 16 de octubre de 2003 de la Audiencia Provincial de Badajoz. Que en definitiva el solicitante es el albacea designado por el de cuius para representar los intereses de la herencia yacente en la junta general a fin de designar un administrador y con el fin de evitar los graves perjuicios patrimoniales que pueden resultar de la situación en que se encuentra la sociedad. 2.º Que la situación de solicitud de concurso de la herencia yacente no debe

impedir la convocatoria de junta. Que debería existir un administrador para que en nombre de la sociedad decida sobre si procede intervenir en nombre de la sociedad en el devenir concursal. Que no existe concurso de la sociedad por lo que tampoco hay interferencia. Que nada impide en definitiva la convocatoria de la junta.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 119.3, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; la resolución de esta Dirección de fecha 20 de noviembre de 2015 de consulta sobre diversas cuestiones relativas a la convocatoria de junta general de socios por registradores mercantiles en el ámbito de los artículos 169 y 171 de la ley de sociedades de capital, así como el resto de resoluciones citadas en el texto.

1. Del expediente que da lugar a la presente resulta que el administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada (y titular de 999 participaciones de las 1000 en que se divide el capital social), ha fallecido el día 10 de septiembre de 2017 (y no el 11, como erróneamente señala la solicitud). También resulta que el otro socio de la sociedad (y titular de una única participación), solicita la convocatoria de junta con el único punto en el orden del día de elección de administrador.

El registrador suspende la decisión sobre la procedencia de la convocatoria, aunque la condición de socio del solicitante la ampararía, por dos motivos: En primer lugar porque, como resulta de la propia solicitud y de la documentación que la acompaña, el 99% de las participaciones que integran el capital social constituyen la herencia yacente del fallecido por lo que es preciso esperar a la aceptación de la herencia con el fin de garantizar que la convocatoria solicitada pueda realizarse con los requisitos formales que establece la Ley en cuanto a la constitución de la junta y la adopción de acuerdos. En segundo lugar, porque la situación de solicitud de concurso de la herencia yacente exige esperar a la finalización del procedimiento jurisdiccional con la misma finalidad anteriormente expresada.

2. La resolución no puede mantenerse. 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 de este expediente no reside en resolver cualesquiera otras cuestiones que las partes puedan plantear y que difieran de lo que constituye su finalidad.

Junto a lo anterior, esta Dirección General ha afirmado *(vide* resoluciones de 7 y 9 de marzo, 25 de abril y 6 de mayo de 2016), que la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia de la convocatoria de Junta General no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo no previsto por una norma específica, lo que implica (artículo 119), que esta Administración puede entrar en cualesquiera cuestiones que se deriven del expediente aunque no hayan sido planteadas por las partes.

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.

3. Las precisiones anteriores son de especial importancia en el supuesto planteado en el que, como reconoce el propio registrador, resulta incuestionable tanto la ocurrencia del fallecimiento del administrador único como la legitimación del socio que plantea la solicitud, por lo que es indiscutible la procedencia de la convocatoria solicitada al reunirse todas las circunstancias exigidas por el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital.

Cuestión distinta es que, una vez acordada la procedencia de la convocatoria con el orden del día propuesto, se lleve a cabo en los términos legales exigibles a fin de no provocar su nulidad, cuestión que, en su caso, será objeto de calificación (ahora sí), cuando se lleve a cabo la presentación oportuna del documento en el Registro Mercantil particular de la sociedad.

4. El fallecimiento del socio mayoritario y la situación de yacencia de la herencia no impiden ni la convocatoria de la junta ni su celebración, sin perjuicio de la necesaria observancia de las reglas de convocatoria y de celebración que garanticen que los intereses derivados de las participaciones en ella integradas son debidamente respetados *(vide* la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2004 y las resoluciones en materia de designa-

ción de auditor por la minoría de fechas 1 de agosto de 2014 y 25 de junio de 2015).

En cuanto a las reglas de convocatoria, el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital determina la forma en que se ha de llevar a cabo, forma que, en caso de exigir la comunicación personal y escrita, debe garantizar la recepción del destinatario. Cuando el destinatario es una comunidad y a la sociedad le consta la designación a que se refiere el artículo 126 de la propia Ley, es a la persona designada a quien debe realizarse la comunicación.

Pero ni siquiera en el supuesto en que a la sociedad le conste que no existe propiamente comunidad, como ocurre en el supuesto que da lugar a la presente, al encontrarse la herencia pendiente de aceptación, existe motivo que impida la debida convocatoria que deberá hacerse a la persona que represente los intereses en ella integrados, ya sea el designado por el causante (artículo 892 del Código Civil), ya sean los propios herederos llamados a la herencia (artículo 911 del propio código).

Lo que ocurre es que, como resulta de los hechos, la herencia donde se integran las participaciones del socio fallecido puede llegar a encontrarse en situación de concurso. Ciertamente, el hecho de que se haya solicitado la declaración de concurso de la herencia (artículo 6.1. 2.º de la Ley Concursal), no impide la convocatoria de la junta general. Los efectos de la declaración de concurso de la herencia del socio fallecido no impiden que la sociedad continúe su vida social sin perjuicio de las restricciones que puedan derivarse para el ejercicio de los derechos inherentes a las participaciones en ella integradas. El artículo 40.5 de la Ley Concursal dispone al respecto: «En caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación.», circunstancia que deberá tenerse en cuenta a la hora de llevar a cabo la efectiva convocatoria.

Al efecto, es preciso puntualizar que de declararse efectivamente el concurso (pues según resulta del escrito de recurso, no ha recaído auto al efecto), la convocatoria debe llevarse a cabo teniendo en cuenta la previsión del artículo 40.5 de la Ley Concursal todo ello, con la finalidad de evitar situaciones que puedan comprometer su validez.

5. Por lo que se refiere a la celebración de la junta, tampoco el fallecimiento de un socio o la situación de concurso de su herencia impide su celebración. Con independencia de que corresponde al presidente la apreciación de la legitimación de los asistentes y la declaración de su válida constitución el registrador mercantil podrá calificar esta cuestión, en su caso, en los términos en que esta Dirección General ha reiterado en distintas ocasiones (ver por todas, resolución de 19 de julio de 2017).

En definitiva, debe deslindarse adecuadamente la indiscutible procedencia de la convocatoria de la junta solicitada por aplicación del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital, de las posteriores vicisitudes a que dé lugar su debida convocatoria *(vide* la resolución de esta Dirección de fecha 20 de

noviembre de 2015 de consulta sobre diversas cuestiones relativas a la convocatoria de junta general de socios por registradores mercantiles en el ámbito de los artículos 169 y 171 de la ley de sociedades de capital), su constitución o su celebración, cuestiones estas últimas que en su día y en su caso, podrán ser objeto de la oportuna calificación del registrador mercantil (artículo 18 del Código de Comercio).

En cualquier caso, y al igual que en el considerando anterior, no procede que esta Dirección se pronuncie ahora al respecto al exceder de lo que constituye el objeto de la presente y referirse a situaciones de futuro frente a las que no existe resolución objeto de recurso. Por esta causa no procede pronunciamiento alguno sobre la solicitud que contiene el escrito de recurso y que se refiere a que esta Dirección acepte la legitimación del albacea para que represente los intereses de la herencia yacente en la junta general de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 11, don Francisco Javier Llorente Vara de fecha 12 de diciembre 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 febrero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 9 de febrero de 2018 (2.ª)

En el expediente 3/2018 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Gestión de Urbanismo Siglo XXI, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentaron un escrito de fecha 2 de noviembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 6 inmediato posterior, en el

que solicitaron, al amparo de la Ley de Sociedades de Capital y como socio don ….. de la mercantil «Gestión de Urbanismo Siglo XXI, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta, por lo que interesa a la presente, lo siguiente:

a) Que don ….. es socio de la sociedad, titular de una única participación social de las 1804 en que se divide el capital social.

b) Que el administrador único, y titular de las restantes 1803 participaciones sociales de la sociedad, don ….. ha fallecido el día 11 de septiembre de 2017.

Resulta igualmente que don ….. es el albacea contador partidor designado en testamento.

c) Que debido a la grave situación de la sociedad provocada tanto por la crisis económica como por la larga enfermedad del entonces administrador, don …..., en su calidad de albacea contador partidor ha presentado ante el juzgado de lo Mercantil la solicitud de declaración de concurso de la herencia yacente.

Específicamente solicitan del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el único punto en el orden del día relativo a la designación de administrador único.

b) Que se ordene que se levante acta notarial.

c) Que designe como presidente de la Junta General a celebrar a don ….. y como secretario a doña Ana Fernández Tresguerres, notario de Madrid.

Del certificado de defunción que se acompaña resulta que la fecha de fallecimiento de don ….. ha sido el día 10 de septiembre de 2017.

II

Notificada la sociedad, no resulta alegación alguna.

III

El registrador mercantil de Madrid n.º 11, don Francisco Javier Llorente Vara dictó resolución en fecha 12 de diciembre de 2017 por la que acordó suspender la solicitud del socio habida cuenta de la indeterminación de la titularidad del capital del fallecido (99,95%), a que se ha hecho referencia, al estar pendiente de aceptación la herencia así como presentada solicitud de concurso voluntario por lo que no podrá prosperar la solicitud hasta que no se concrete la aceptación de herencia y concluya, en su caso, el procedimiento judicial, y ello a efectos de garantizar que la convocatoria solicitada pueda realizarse con los requisitos legales en cuanto a la constitución de la junta y adopción de acuerdos.

IV

Don ….., en su calidad de albacea contador-partidor y don ….., por escrito de fecha 10 de enero de 2018, que tuvo entrada el día 12 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 de la resolución del registrador mercantil cabe entender que no acepta la legitimación del albacea contador-partidor para

representar a la herencia yacente. Que de acuerdo con el artículo 902 del Código Civil el albacea tiene la facultad de conservar y custodiar los bienes de la herencia. Que el Tribunal Supremo ha entendido que entre las facultades del albacea se encuentra la de administrar pues de otro modo no podría llevar a cabo la previsión legal, con cita de la sentencia de 15 de abril de 1982 así como de la sentencia de 30 de marzo de 2004. Que de las sentencias del Tribunal Supremo resulta que considera al albacea como un alter ego del causante que tiene facultades de representar a la herencia yacente y vigilar el cumplimiento del testamento, así como tomar las precauciones precisas para la conservación y custodia de los bienes que comprende la herencia, comprendiendo la facultad de administrarlos, entre las que hay que entender la de representar a la herencia yacente en las juntas generales de las sociedades cuyos títulos formen parte de la misma. Que así resulta de la sentencia de 12 de mayo de 2003 de la Audiencia Provincial de Málaga y de la sentencia de 16 de octubre de 2003 de la Audiencia Provincial de Badajoz. Que en definitiva el solicitante es el albacea designado por el de cuius para representar los intereses de la herencia yacente en la junta general a fin de designar un administrador y con el fin de evitar los graves perjuicios patrimoniales que pueden resultar de la situación en que se encuentra la sociedad. 2.º Que la situación de solicitud de concurso no debe impedir la convocatoria de junta. Que debería existir un administrador para que en nombre de la sociedad decida sobre el devenir concursal. Que no existe concurso de la herencia yacente por lo que tampoco hay interferencia. Que nada impide en definitiva la convocatoria de la junta.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 119.3, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; la resolución de esta Dirección de fecha 20 de noviembre de 2015 de consulta sobre diversas cuestiones relativas a la convocatoria de junta general de socios por registradores mercantiles en el ámbito de los artículos 169 y 171 de la ley de sociedades de capital, así como el resto de resoluciones citadas en el texto.

1. Del expediente que da lugar a la presente resulta que el administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada (y titular de 1803 participaciones de las 1804 en que se divide el capital social), ha fallecido el día 10 de septiembre de 2017 (y no el 11, como erróneamente señala la solicitud). También resulta que el otro socio de la sociedad (y titular de una única participación), solicita la convocatoria de junta con el único punto en el orden del día de elección de administrador. Comparece igualmente el albacea contador-partidor testamentario al efecto de representar a la herencia yacente causada por el fallecimiento del socio, en los términos que resultan de los hechos.

El registrador suspende la decisión sobre la procedencia de la convocatoria, aunque la condición de socio del solicitante la ampararía, por dos motivos: En primer lugar porque, como resulta de la propia solicitud y de la documentación que la acompaña, el 99,95% de las participaciones que inte-

gran el capital social constituyen la herencia yacente del fallecido por lo que es preciso esperar a la aceptación de la herencia con el fin de garantizar que la convocatoria solicitada pueda realizarse con los requisitos formales que establece la Ley en cuanto a la constitución de la junta y la adopción de acuerdos. En segundo lugar, porque la situación de solicitud de concurso de la herencia yacente exige esperar a la finalización del procedimiento jurisdiccional con la misma finalidad anteriormente expresada.

2. La resolución no puede mantenerse. 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 de este expediente no reside en resolver cualesquiera otras cuestiones que las partes puedan plantear y que difieran de lo que constituye su finalidad.

Junto a lo anterior, esta Dirección General ha afirmado *(vide* resoluciones de 7 y 9 de marzo, 25 de abril y 6 de mayo de 2016), que la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia de la convocatoria de Junta General no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo no previsto por una norma específica, lo que implica (artículo 119), que esta Administración puede entrar en cualesquiera cuestiones que se deriven del expediente aunque no hayan sido planteadas por las partes.

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.

3. Las precisiones anteriores son de especial importancia en el supuesto planteado en el que, como reconoce el propio registrador, resulta incuestionable tanto la ocurrencia del fallecimiento del administrador único como la legi-

timación del socio (don …..), que plantea la solicitud, por lo que es indiscutible la procedencia de la convocatoria solicitada al reunirse todas las circunstancias exigidas por el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital.

Cuestión distinta es que, una vez acordada la procedencia de la convocatoria con el orden del día propuesto, se lleve a cabo en los términos legales exigibles a fin de no provocar su nulidad, cuestión que, en su caso, será objeto de calificación (ahora sí), cuando se lleve a cabo la presentación oportuna del documento en el Registro Mercantil particular de la sociedad.

4. El fallecimiento del socio mayoritario y la situación de yacencia de la herencia no impiden ni la convocatoria de la junta ni su celebración, sin perjuicio de la necesaria observancia de las reglas de convocatoria y de celebración que garanticen que los intereses derivados de las participaciones en ella integradas son debidamente respetados *(vide* la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2004 y las resoluciones en materia de designación de auditor por la minoría de fechas 1 de agosto de 2014 y 25 de junio de 2015).

En cuanto a las reglas de convocatoria, el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital determina la forma en que se ha de llevar a cabo, forma que, en caso de exigir la comunicación personal y escrita, debe garantizar la recepción del destinatario. Cuando el destinatario es una comunidad y a la sociedad le consta la designación a que se refiere el artículo 126 de la propia Ley, es a la persona designada a quien debe realizarse la comunicación.

Pero ni siquiera en el supuesto en que a la sociedad le conste que no existe propiamente comunidad, como ocurre en el supuesto que da lugar a la presente, al encontrarse la herencia pendiente de aceptación, existe motivo que impida la debida convocatoria que deberá hacerse a la persona que represente los intereses en ella integrados, ya sea el designado por el causante (artículo 892 del Código Civil), ya sean los propios herederos llamados a la herencia (artículo 911 del propio código).

Lo que ocurre es que, como resulta de los hechos, la herencia donde se integran las participaciones del socio fallecido puede llegar a encontrarse en situación de concurso. Ciertamente, el hecho de que se haya solicitado la declaración de concurso de la herencia (artículo 6.1. 2.º de la Ley Concursal), no impide la convocatoria de la junta general. Los efectos de la declaración de concurso de la herencia del socio fallecido no impiden que la sociedad continúe su vida social sin perjuicio de las restricciones que puedan derivarse para el ejercicio de los derechos inherentes a las participaciones en ella integradas. El artículo 40.5 de la Ley Concursal dispone al respecto: «En caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación.», circunstancia que deberá tenerse en cuenta a la hora de llevar a cabo la efectiva convocatoria.

Al efecto, es preciso puntualizar que de declararse efectivamente el concurso (pues según resulta del escrito de recurso, no ha recaído auto al efecto),

la convocatoria debe llevarse a cabo teniendo en cuenta la previsión del artículo 40.5 de la Ley Concursal todo ello, con la finalidad de evitar situaciones que puedan comprometer su validez.

5. Por lo que se refiere a la celebración de la junta, tampoco el fallecimiento de un socio o la situación de concurso de su herencia impide su celebración. Con independencia de que corresponde al presidente la apreciación de la legitimación de los asistentes y la declaración de su válida constitución, el registrador mercantil podrá calificar esta cuestión, en su caso, en los términos en que esta Dirección General ha reiterado en distintas ocasiones (ver por todas, resolución de 19 de julio de 2017).

En definitiva, debe deslindarse adecuadamente la indiscutible procedencia de la convocatoria de la junta solicitada por aplicación del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital, de las posteriores vicisitudes a que dé lugar su debida convocatoria *(vide* la resolución de esta Dirección de fecha 20 de noviembre de 2015 de consulta sobre diversas cuestiones relativas a la convocatoria de junta general de socios por registradores mercantiles en el ámbito de los artículos 169 y 171 de la ley de sociedades de capital), su constitución o su celebración, cuestiones estas últimas que en su día y en su caso, podrán ser objeto de la oportuna calificación del registrador mercantil (artículo 18 del Código de Comercio).

En cualquier caso, y al igual que en el considerando anterior, no procede que esta Dirección se pronuncie ahora al respecto al exceder de lo que constituye el objeto de la presente y referirse a situaciones de futuro frente a las que no existe resolución objeto de recurso. Por esta causa no procede pronunciamiento alguno sobre la solicitud que contiene el escrito de recurso y que se refiere a que esta Dirección acepte la legitimación del albacea para que represente los intereses de la herencia yacente en la junta general de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 11, don Francisco Javier Llorente Vara de fecha 12 de diciembre 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 febrero de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 26 de marzo de 2018

En el expediente 4/2018 sobre convocatoria de Junta General a instancia de una socia de «Etiqueta Galán, S.L.»

HECHOS

I

Doña ….. presentó un escrito de fecha 30 de noviembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 18 de diciembre inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de la mercantil «Etiqueta Galán, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta:

a) Que la solicitante es socia de la sociedad, ostentando una participación del 50%.

b) Que mediante acta de requerimiento autorizada por el notario de Madrid don Luis A. Garay Cuadros, en fecha 20 de septiembre de 2017, requirió a la administración concursal de la sociedad para que llevase a cabo la convocatoria de junta general de la sociedad en plazo de dos meses y con determinado orden del día. De la diligencia llevada a cabo por el notario autorizante resulta certificado de Correos de que la carta remitida fue entregada el día 25 de septiembre de 2017.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día que se hizo constar en el requerimiento notarial y que es el siguiente: «– Censura de la gestión social de la Administración Concursal en relación con las funciones que le son propias según el artículo 33 de la Ley Concursal: Informar sobre los actos de disposición realizados con carácter indispensable para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería para la continuidad del concurso. Informar sobre los actos de disposición no necesarios para la continuidad de la actividad. Informar sobre los actos u operaciones propios del giro o del tráfico que por ser necesarios para la continuidad de la actividad han quedado autorizados con carácter general. Informar sobre las autorizaciones u operaciones relacionados con actos de administración y disposición del órgano de administración que hayan sido convalidadas con posterioridad a la declaración de concurso. Informar de todas las autorizaciones para desistir, allanarse total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio que hayan sido realizadas por la administración concursal. Información sobre cualquier procedimiento judicial interpuesto por la concursada o contra ésta. Informar sobre la interposición de demandas o denuncias. Información sobre presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias. – Censura de la gestión social de la Administración Concursal en los ejercicios 2014, 2015, 2016 y 2017: Información sobre los estados contables de los ejercicios 2014, 2015, 2016 y 2017, en particular sobre ingresos de explotación, ingresos financieros, gastos de aprovisionamientos, gastos de personal, otros gastos de explotación, gastos financieros, así como cualquier otro ingreso o gasto que resulte relevante para la explotación del negocio. Información sobre los activos y pasivos no corrientes, activos y pasivos corrientes, así como patrimonio neto de la concursada. En particular sobre las siguientes partidas: inmovilizado intangible, inmovilizado

material, inversiones inmobiliarias, inversiones financieras, activos por impuestos diferidos, existencias, deudores comerciales y otras cuentas a cobrar, efectivos y activos líquidos, provisiones a corto y largo plazo, deudas a corto y largo plazo, deudas con empresas del grupo, pasivos por impuestos diferidos, acreedores y otras cuentas a pagar, fondos propios, reservas, resultado del ejercicio, aportaciones de socios, subvenciones y donaciones. Así mismo, la compareciente solicita se ponga su disposición los libros contables de la sociedad del ejercicio 2014, 2015, 2016 y 2017 en concreto solicita el libro diario, libro inventario cuentas anuales, libro mayor y libros auxiliares. – Información económica y jurídica relativa a la explotación por la concursada o por terceros del establecimiento sito en calle Goya desde enero de 2017.»

b) Que se acuerde la presencia de notario para que levante acta de conformidad con el artículo 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

II

Trasladada la solicitud a la sociedad por parte del registrador mercantil, la administración concursal de la sociedad se opuso a la pretensión de la socia alegando: 1.º Que la sociedad fue declarada en concurso mediante auto de fecha 27 de octubre de 2015 recaído en el procedimiento abreviado 747/2015, que simultáneamente declaró la apertura de la fase de liquidación de conformidad con el artículo 145 de la Ley Concursal. Que la administración concursal queda convertida en liquidadora ejerciendo sus funciones de conformidad con la Ley Concursal por lo que, aprobado el plan de liquidación, la administración se limita a su cumplimiento y a informar dentro del procedimiento concursal, por lo que carece de facultad de convocatoria de la junta general de socios. 2.º Que una solicitud semejante fue llevada a cabo por la solicitante ante el Registro Mercantil de Madrid que no pudo llevarse a cabo. 3.º Que la convocatoria se entiende innecesaria por cuanto toda la información que se precise se puede obtener en el procedimiento concursal donde consta el plan de liquidación, sujeto a contradicción y control judicial. Que la solicitante está personada en el procedimiento. Que el orden del día no es objeto ni competencia de la junta de socios sino el propio de las actuaciones a desarrollar en el procedimiento concursal. 5.º Que de llevarse a cabo la convocatoria los gastos no pueden ser asumidos por la sociedad dada su situación de iliquidez.

III

El registrador mercantil de Madrid n.º 11, don Francisco Javier Llorente Vara dictó resolución en fecha 24 de enero de 2018 por la que acordó estimar la oposición y desestimar la solicitud de la socia, por cuanto abierta la fase de liquidación, y de conformidad con los artículo 148.7 y 152 de la Ley Concursal, la información relativa al plan de liquidación y su ejecución, debe ventilarse en el ámbito judicial sin hacer incurrir a la sociedad en trámites y gastos repetitivos que nada aportan al derecho de información que asiste a las partes. Consta del expediente que la notificación a la solicitante se practicó en fecha 7 de febrero de 2018.

IV

Doña ….., por escrito de fecha 22 de febrero de 2018, 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 de acuerdo con el artículo 371.3 de la Ley de Sociedades de Capital, 48 y 145.1 de la Ley Concursal, la convocatoria de la junta general de sociedad concursada en fase de liquidación corresponde a la administración concursal sin que exista otra especialidad ni sobre la necesidad de convocatoria ni sobre la subsistencia de los órganos sociales. 2.º Que así lo entendió la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 1 de febrero de 2008 por lo que procede la convocatoria tras el cumplimiento por la solicitante de los requisitos establecidos en la Ley de Sociedades de Capital. 3.º Que el Tribunal Supremo ha rechazado la concepción restrictiva del derecho de información al tratarse de un derecho inherente a la condición de socio, con cita de la sentencia de 19 de septiembre de 2013. Que en el expediente se ha negado el ejercicio de este derecho a la solicitante al amparo de preceptos legales que, referidos al procedimiento de liquidación de una sociedad en concurso, nada tienen que ver con los de convocatoria de junta a instancia de un socio. Que el artículo 148 de la Ley Concursal hace referencia a la publicación de datos en beneficio de potenciales adquirentes de activos de la sociedad y el artículo 152, hace referencia a los informes que ha de presentar la administración concursal al juez de lo mercantil, informes que se refieren al estado de las operaciones de liquidación pero que no comprenden la situación contable ni la gestión realizada por el administrador concursal. Que como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003 el derecho de información no desaparece en la situación de liquidación de la sociedad.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 166, 167, 168, 371, 375, 377, 380, 390 y 391 de la Ley de Sociedades Capital; 40, 44, 46, 145 y 147 de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal, y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Solicitada del registrador mercantil la convocatoria de junta al amparo de lo dispuesto en el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la resolución impugnada desestima la solicitud por entender que al estar la sociedad en concurso y abierta la fase de liquidación, la información que se reclama debe obtenerse por el procedimiento y en el ámbito previsto en la Ley concursal evitando a la sociedad trámites y gastos innecesarios. La recurrente entiende, en esencia, que la situación descrita no altera la facultad y deber de la convocatoria de junta y que no deben confundirse, al efecto de ejercer sus derechos a obtener información sobre la marcha social, los procedimientos propios de la Ley Concursal con los derivados de la Ley de Sociedades de Capital.

2. El artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital dice así: «1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los

administradores, por el Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social. 2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social.»

Dicho artículo, en lo que se refiere a su segundo epígrafe, trae causa de la regulación contenida en el artículo 168 de la propia Ley que dice así: «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.»

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha reiterado *(vide* resoluciones de 9 de marzo, 26 de mayo, 15 de junio de 2016, 30 de mayo y 18 de septiembre de 2017 y 7 de febrero de 2018), que el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de Junta General de sociedad de capital por el registrador mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (artículo 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).

La precisión anterior es importante dados los términos en que se pronuncia la resolución impugnada y el escrito de recurso. En consecuencia, el objeto de esta resolución debe limitarse a determinar si procede reconocer a la socia instante el derecho que le conceden los artículos 168 y 169, dejando de lado otras cuestiones como son las consecuencias que pueda tener una resolución estimatoria en el ámbito del procedimiento concursal, circunstancia que, obviamente, escapa de su ámbito. Es irrelevante, al efecto de la presente, si el objeto de la convocatoria es la solicitud de información del órgano de administración u otro cualquiera.

Así planteada la cuestión y delimitado el objeto de la presente, es preciso para dar oportuna respuesta acometer las siguientes cuestiones: si la obligación y facultad de convocar la junta general de socios subsiste a la disolución de la sociedad y a la apertura de la fase de liquidación; si dicha obligación y facultad persiste cuando la sociedad se encuentra en concurso y, finalmente, si así ocurre cuando en el ámbito de la situación concursal se abre la fase de liquidación.

3. Las tres cuestiones planteadas merecen una respuesta positiva lo que conduce inevitablemente a la estimación del recurso.

En primer lugar, porque la apertura de la liquidación de una sociedad de capital no afecta ni a la obligación de convocar junta (artículo 167 de la Ley de Sociedades de Capital), ni al derecho del socio minoritario a requerir al órgano encargado de la administración para que así lo haga (artículo 168). Así resulta indubitadamente de la regulación legal (artículos 371.3, 375.2, 377.1, 380.1, 390 y 391.1 de la Ley de Sociedades de Capital), que sin perjuicio de las especialidades propias del proceso de liquidación no restringe las obligaciones del órgano de administración ni los correlativos derechos individuales de los socios que subsisten con las debidas adaptaciones cuando así es preciso.

En segundo lugar, porque es indudable que la obligación de convocar junta general y el subsiguiente derecho individual de la minoría a reclamarlo del órgano de administración no se ve alterada por la declaración de concurso de la sociedad. Así resulta indubitadamente de la regulación establecida en la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal que declara el principio general de continuidad de empresa (artículo 44.1), así como la continuidad de las obligaciones propias de la administración de la sociedad (artículo 46), sin perjuicio de la oportuna intervención o suspensión de las facultades de los administradores sociales por parte de la administración concursal (artículo 40). Específicamente, en materia de personas jurídicas, el artículo 48, establece lo siguiente: «2. La administración concursal tendrá derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica concursada. A estos efectos, deberá ser convocada en la misma forma y con la misma antelación que los integrantes del órgano que ha de reunirse. La constitución de junta o asamblea u otro órgano colegiado con el carácter de universal no será válida sin la concurrencia de la administración concursal. Los acuerdos de la junta o de la asamblea que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal. 3.Los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso. En caso de suspensión, las facultades de administración y disposición propias del órgano de administración o liquidación pasarán a la administración concursal. En caso de intervención, tales facultades continuarán siendo ejercidas por los administradores o liquidadores, con la supervisión de la administración concursal, a quien corresponderá autorizar o confirmar los actos de administración y disposición.» Del precepto transcrito, y en relación a las sociedades de capital, resulta que tras la declaración de concurso subsisten los órganos sociales y, en consecuencia, la junta general, que a las mismas debe convocarse a la administración concursal que tendrá voz pero no voto y que la junta general conserva sus competencias sin perjuicio de las propias de la administración concursal. En el mismo sentido se expresa nuestro Tribunal Supremo cuya Sentencia 258/2012 de 24 abril, Sección 1.ª, dice así: «…la declaración de concurso no afecta al regular funcionamiento de los órganos sociales y, singularmente, de la Junta General en cuanto órgano social de formación de la voluntad de la sociedad que no desarrolla funciones de

administración ni actos de disposición… Más aún, la suspensión de facultades del concursado –sea persona física o jurídica y, en este último caso, órgano colegiado o no– quedan referidas a la administración y disposición sobre bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y por ello fija las atribuciones de la Administración Concursal en relación con los mismos, pero en el proceso de formación de la voluntad de los órganos colegiados tan solo les atribuye derechos de asistencia y voz.»

En tercer y último lugar, este esquema de cosas no se ve alterado por la apertura de la fase de liquidación de la sociedad en concurso pues tal y como resulta de los artículos 145.1 y 147 de la Ley Concursal, seguirán rigiendo las normas comprendidas en su título tercero relativo a los efectos de la declaración de concurso y donde se integran los referidos en el apartado anterior. La regulación (artículo 145.3), sólo excepciona, en lo que ahora interesa: «Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte.»

En consecuencia, el administrador concursal ostenta la administración y representación legal de la sociedad de capital y, por consiguiente, es titular de sus obligaciones si bien mediatizadas por la finalidad del procedimiento en la fase de liquidación y por el propio contenido, en su caso, del plan de liquidación *(vide* resoluciones de fechas 28 de junio de 2016 y 18 de enero de 2018). Entre los deberes que deben considerarse incluidos en el mandato del administrador concursal debe comprenderse el de convocar junta en los casos determinados por la Ley (artículo 167 de la Ley de Sociedades de Capital). Del artículo 46.3 de la Ley Concursal: «En caso de suspensión, subsistirá la obligación legal de formular y de someter a auditoría las cuentas anuales, correspondiendo tales facultades a los administradores concursales.» El mismo régimen debe ser el aplicable cuando la convocatoria de junta lo sea a instancia del socio que reúna los requisitos del artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital pues subsistiendo el órgano social, la junta de socios, así como la obligación de convocarla en los casos legalmente previstos, no existe razón alguna que excluya la aplicación del régimen de convocatoria a instancia de socio minoritario que reúna los requisitos legales.

Por último, no puede confundirse los distintos planos en los que ejerce su competencia el administrador concursal como no pueden confundirse las obligaciones de proporcionar información en el ámbito del procedimiento (artículo 148.7 de la Ley Concursal) y frente al juez que del mismo conoce (artículo 152), con las obligaciones del administrador frente a los socios de la sociedad de capital y de las que pueden derivarse las acciones de responsabilidad previstas en el ordenamiento (artículo 36 de la Ley Concursal).

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid n.º 11, don Francisco Javier Llorente Vara de fecha 24 de enero de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 marzo de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 4 de junio de 2018

En el expediente 5/2018 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Chaves y Martínez, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. presentó un escrito de fecha 26 de febrero de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el día 8 de marzo inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Chaves y Martínez, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta:

a) Que el solicitante es titular de un 25% de las participaciones de la sociedad.

b) La manifestación del solicitante de que no se ha llevado a cabo la convocatoria y celebración de la junta general ordinaria de la sociedad dentro del plazo legal de los seis primeros meses de 2017, en relación al ejercicio 2016 y con el contenido previsto en el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General ordinaria con el orden del día legalmente previsto en el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital.

b) Que la junta general se celebre con la presencia de notario.

II

Trasladada la solicitud a la administración de la sociedad por parte de la registradora mercantil de Pontevedra, la administración alegó lo siguiente: 1.º Que la junta general de socios se celebró el día 4 de septiembre de 2017 previa convocatoria en la forma estatutariamente prevista de carta certificada remitida a cada socio. Que en dicha junta se trataron, entre otros asuntos, los propios de la junta general ordinaria legalmente establecidos. Que no obstante, existen dos errores importantes en la transcripción del acta pues por un lado se hizo constar erróneamente su carácter de universal, así como la presencia de don ….. quien no asistió a pesar de haber sido convocado. También hace constar que no conserva copia de los justificantes de envío y recepción de la convocatoria. 2.º Que a pesar de los errores materiales producidos no se dan los presupuestos para la convocatoria registral de junta ordinaria en los términos del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital.

Acompaña al anterior escrito copia del libro de socios, así como copia de la certificación literal del libro de actas de la que resulta la celebración el día 30 de junio de 2017 de junta general universal, la presencia entre los asistentes del hoy recurrente y la aprobación por unanimidad de los acuerdos previstos en el orden del día en términos tales que cumplen los requerimientos de contenido previstos en el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

La registradora mercantil de Pontevedra n.º 3, doña María Teresa Ferrín Sanmartín dictó resolución en fecha 5 de abril de 2018 por la que acordó estimar las alegaciones de la sociedad y desestimar la solicitud del socio.

IV

Don ….., por escrito de fecha 30 de abril de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Pontevedra, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que la convocatoria de haberse celebrado junta no resulta acreditada al no haberse probado la misma mediante documentación fehaciente y como resulta del propio escrito de la sociedad que reconoce que no se han conservado los justificantes de las notificaciones de convocatoria. Que la alegación de la sociedad de que la junta fue convocada mediante carta certificada remitida a cada uno de los socios es una mera manifestación que carece de fuerza probatoria. Que la contestación de la sociedad está repleta de inexactitudes, imprecisiones y contradicciones que impiden concederles credibilidad como son el hecho de que confunde el artículo 17 de los estatutos con el 7, que es el que prevé la forma de convocatoria, el hecho de que confunde copia del acta con certificación de su contenido, así como el hecho de que sea atribuye en esta a la celebración de la junta una fecha que no coincide con la del propio escrito de alegaciones. Que incluso afirma que la presencia en el listado de los asistentes del solicitante es un mero error de transcripción. Que de todo lo anterior resultan indicios vehementes de dolo. 2.º Que conforme al artículo 7 de los estatutos sociales la convocatoria ha de realizarse mediante carta certificada dirigida a los socios en su domicilio, forma de convocatoria que resulta de obligado cumplimiento y que impone su justificación mediante la aportación de los oportunos acuses de recibo. Que así lo ha entendido la Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas resoluciones. Que siendo cierto que la Dirección ha insistido en que los expedientes de jurisdicción voluntaria no

tienen carácter de calificación registral han de seguirse las pautas de los recursos en la materia sobre verificación de la regularidad de la celebración de una junta (con cita de resoluciones). Que tampoco cabe la afirmación genérica de que la junta fue debidamente convocada como igualmente ha manifestado la Dirección General, que exige la acreditación de los requisitos legales (con cita igualmente de resoluciones). 3.º Que del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital resulta que es la convocatoria lo que debe acreditarse. 4.º Que el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital determina igualmente la necesidad de que la junta haya sido debidamente convocada como requisito sine qua non para su celebración. 4.º Que el administrador de la sociedad no ha conseguido acreditar que ha cumplido su obligación de convocar la junta conforme a lo dispuesto en el artículo 167 de la Ley de Sociedades de Capital. Que de conformidad con la doctrina de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de convocatorias, cuando se ponga de manifiesto el incumplimiento de los administradores corresponde que sea el registrador mercantil el que lleve a efecto la convocatoria. 5.º Que conforme al artículo 28 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y a la vista de las contradicciones del escrito de la sociedad, la registradora habría debido requerir a la parte la aportación de la documentación precisa. 6.º Que en la resolución de consulta de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 22 de noviembre de 2015, es de aplicación el procedimiento contemplado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil en el que es patente, así como en las resoluciones que lo aplican, el deseo de proteger el interés de los socios minoritarios, interés que no se ha observado en la resolución impugnada produciendo un manifiesto agravio comparativo. Que debería haberse prestado un mínimo protocolo de verificación para no frustrar los intereses de la parte. Que así lo recoge el preámbulo de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.»

La sociedad presenta un escrito de alegaciones de fecha 14 de mayo de 2018, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 16 inmediato posterior, en el que reitera los argumentos que expuso en su anterior escrito a que se ha hecho referencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Solicitada por un socio la convocatoria de junta ordinaria al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital se opone por la sociedad el hecho de que la junta ha tenido lugar aportando al expediente copia del libro registro de socios, así como copia del acta de junta celebrada en fecha determinada. De dicha copia resulta que la junta se reunió con carácter universal y en ella se abordaron y acordaron los puntos del orden del día previstos en aquella que satisfacen los requerimientos del artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad afirma que en la copia del acta aportada se cometió el error de hacer constar como compareciente al ahora recurrente que, pese a ser convocado, no acudió a la reunión, así como el error de hacer

constar su carácter de universal cuando fue debidamente convocada. También se afirma por la sociedad que no conserva los justificantes de los acuses de recibo derivados de los correos enviados a los socios conforme al procedimiento estatutariamente previsto.

Desestimada la solicitud del socio, este recurre alegando, en esencia, que no hubo tal junta, que la administración de la sociedad no ha acreditado la existencia de convocatoria y que ante la falta de acreditación el registrador está obligado a proteger el interés del socio.

2. La 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.»

Como resulta de los preceptos transcritos el interés protegible que trata de salvaguardar la previsión legal es el de la convocatoria y celebración de la junta ordinaria (o de la estatutariamente prevista), para que los socios puedan pronunciarse sobre las principales cuestiones derivadas del ejercicio económico vencido. La posibilidad de que, ante la falta de cumplimiento de la obligación legal o estatutaria, cualquier socio pueda solicitar del registrador mercantil o del letrado de la Administración de Justicia exige un patente incumplimiento por parte del órgano de administración. Por el contrario, si el órgano de administración acredita debidamente que cumplió su obligación de convocar el interés decae por falta del presupuesto de hecho, incluso cuando la junta convocada no llegara a celebrarse por la causa que fuere o celebrada no alcanzare acuerdo alguno *(vide* resolución en materia de convocatoria de juntas de fecha 1 de abril de 2016).

A la misma conclusión hay que llegar si la sociedad acredita que la junta se celebró y que en ella se trataron los asuntos a que se refiere el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital. Celebrada la junta y tratados tales cuestiones no hay interés protegible y no cabe estimar la solicitud del socio que la haya planteado.

3. Establecido lo anterior, la trascendencia de la debida acreditación de la convocatoria ha sido objeto de atención por este Centro Directivo en numerosas ocasiones. Así, es doctrina de esta Dirección General de los Registros y del Notariado en sede de resoluciones dictadas en recursos contra la califica-

ción de los registradores *(vide*, entre otras la reciente de 31 de enero de 2018), que el registrador Mercantil debe calificar todos los extremos concernientes a la celebración de una junta general que redunden en la validez de la misma. Así ocurre, a modo de ejemplo, con los requisitos de la convocatoria (Resolución 9 de febrero de 2012), persona legitimada para convocarla (Resoluciones de 11 de marzo y 6 de abril de 1999 y 24 de enero de 2001), cómputo del plazo de celebración (Resoluciones de 10 de julio y 6 de noviembre de 1995, 15 de julio de 1998 y 9 y 10 de febrero de 1999), lugar de celebración (Resoluciones de 1 de diciembre de 1994, 18 de febrero de 1998 y 2 de octubre de 2003), quórum de asistencia (Resoluciones de 2 de febrero 1957 y 19 mayo de 2006), representación de los asistentes (Resoluciones de 7 de febrero 1996 y 5 de marzo 1997), validez de los acuerdos (Resoluciones de 7 de febrero 1996 y 5 de marzo 1997), y aprobación del acta (Resoluciones de 30 de septiembre de 2000 y 10 de octubre de 2005). Si como consecuencia del incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos la convocatoria de la junta o los acuerdos en ella alcanzados resultaran viciados de nulidad el registrador está obligado a rechazar la inscripción solicitada.

Ciñéndonos a los requisitos de convocatoria, y como afirma la Resolución de 6 de febrero de 2015, la validez de los acuerdos que puede adoptar la junta general dentro del ámbito de sus competencias está condicionada no sólo a que lo hayan sido por la mayoría legal o estatutariamente exigible, sino, como requisito previo, a la válida constitución de la propia junta, lo que exige su previa convocatoria *(cfr.* artículo 174 de la Ley de Sociedades de Capital) incluyendo el orden del día, salvo que se trate de junta universal, en cuyo caso es necesaria la aceptación unánime, no sólo en relación con la celebración de la junta, sino respecto de los temas a tratar en ella *(cfr.* artículo 178.1). Esta exigencia cumple la doble finalidad de brindar a los socios un cabal conocimiento de los asuntos sobre los que son llamados a pronunciarse, permitiéndoles informarse y reflexionar sobre el sentido de su voto, así como decidir sobre la conveniencia de asistir o no a la reunión, y garantizarles, por otra parte, que no podrá tomarse ninguna decisión sobre asuntos acerca de los cuales no se preveía deliberar ni adoptar acuerdo alguno.

4. 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 presente expediente la sociedad no plantea objeción alguna de legitimación, residiendo el núcleo de la cuestión en si la junta ordinaria ha sido debidamente convocada o llevada a cabo lo que exige analizar el requisito de la audiencia a la sociedad y su contenido.

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 a fin de que esta se pronuncie sobre la solicitud.

El requisito de audiencia debe enmarcarse dentro del procedimiento registral de tramitación de expedientes de jurisdicción voluntaria. 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. También en estos casos de ausencia de una remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil hemos de 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 de obligacionistas el artículo 422.3 de la Ley de Sociedades de Capital sí se contiene una expresa remisión al Reglamento del Registro Mercantil, así como existe la expresa exigencia de audiencia en el artículo 169.1 de la propia Ley.

5. Establecido lo anterior y de conformidad con lo establecido en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil: «La sociedad sólo podrá oponerse al nombramiento solicitado si en el plazo de cinco días, a contar desde la fecha de la notificación, aporta prueba documental de que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante. El escrito de oposición se archivará en el expediente.»

En lo referente a la negación de la procedencia de que el registrador atienda a la solicitud del instante, se ha reiterado por esta Dirección General en sede de recursos derivados del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que es necesario que la sociedad aporte, cuando niegue la procedencia de la pretensión del socio, prueba que así lo acredite sin que baste su mera afirmación de contrario, 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 pese a aportar un certificado de acta de junta en la que se abordaron los asuntos propios de una junta ordinaria reconoce que la misma adolece de fallos de una enorme gravedad: se afirma el

carácter universal de la junta sin serlo e incluso se hace constar la presencia del socio solicitante cuya firma, sin embargo, no resulta; la sociedad afirma que la convocatoria se llevó a cabo de conformidad con la previsión estatutaria pero simultáneamente afirma que carece de un mínimo principio de prueba que lo confirme.

Como ha señalado este Centro Directivo en su Resolución de 6 de abril de 2011: «los elementos esenciales para poder apreciar la regularidad de la convocatoria son, entre otros, la fecha y modo en que la misma se haya efectuado cuando no se trate de junta universal». Es decir que tanto la fecha en que se ha realizado la convocatoria de la junta, como también su forma, son elementos esenciales para que el registrador pueda calificar la regularidad de la convocatoria de dicha junta. En el mismo sentido la Resolución de 16 de septiembre de 2011, añade que es necesario que en la certificación se exprese de forma concreta la forma en que se ha realizado la convocatoria –sin que baste la remisión a estatutos–, precisamente para que el registrador verifique que la misma fue la prevista en los estatutos sociales. En definitiva, es preceptivo que el órgano de administración acredite que la convocatoria se ha llevado a cabo, así como los medios conforme a los que se ha llevado a cabo.

Tampoco resulta que los acuerdos derivados de la junta que se afirma celebrada hayan llegado a inscribirse en el Registro Mercantil o hayan provocado el depósito de las cuentas que se dice aprobadas. No rigiendo la presunción del artículo 20 del Código de Comercio y no resultando del expediente la debida convocatoria de la junta general ordinaria se dan los presupuestos del artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Corresponde en definitiva a la sociedad que afirma que no procede la convocatoria de junta general ordinaria probar o presentar un principio de prueba que contradiga la pretensión del solicitante, lo que no ha tenido lugar en este expediente lo que conlleva inexorablemente a la estimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil Pontevedra n.º 3, doña María Teresa Ferrín Sanmartín fecha 5 de abril de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 junio de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador de Pontevedra.

Resolución de 24 de septiembre de 2018 (1.ª)

En el expediente 6/2018 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Ubox 2014, S.L.»

HECHOS

I

Don R.J.C.Y. presentó escrito de fecha 28 de noviembre de 2017, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 21 de febrero de 2018, en el que solicitó, al amparo del artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Ubox 2014, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta:

a) Que la junta general ordinaria no ha sido convocada dentro de los seis primeros meses del año 2017 siendo así que conforme a estatutos, el ejercicio social finaliza el día 31 de diciembre de cada año.

b) Que el solicitante ostenta un 25% del capital social.

Específicamente solicita del registrador mercantil que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con un orden del día en el que conste la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2016 así como la aprobación, en su caso, del ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores.

II

Previo traslado por parte del registrador mercantil, la administración de la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: que el día 22 de junio de 2017 se remitió al solicitante carta certificada con acuse de recibo de convocatoria de junta general ordinaria; que en fecha 8 de julio se llevó a cabo la citada junta general estando presentadas las cuentas anuales aprobadas para su depósito en el Registro Mercantil.

III

La registradora mercantil de Barcelona X, doña María Azucena Bullón Manzano dictó resolución de fecha 6 de junio de 2018 por la que acordó estimar la oposición y desestimar la solicitud del socio.

Por escrito de fecha 17 de mayo de 2018 (sic), remitido por fax el día 28 de junio inmediato posterior que tuvo entrada en el Registro Mercantil el mismo día, el solicitante requiere del Registro que se le dé traslado del certificado inicial de junta presentado el día 31 de julio de 2017, de copia legible del justificante de envío de correos de la convocatoria de la junta de 8 de julio de 2017 y acuse de recibo del anterior.

Mediante escrito del registrador de fecha 3 de julio de 2018 se pone en conocimiento del solicitante que por medio de oficio de 2 de mayo de 2018 se le remitió copia del escrito de oposición de la documentación adjunta al mismo sin que conste en el expediente la documentación solicitada en primer y tercer lugar.

IV

Don R.J.C.Y., por escrito de fecha 6 de julio de 2018, que tuvo entrada el día 9 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 la copia del justificante del envío de convocatoria adjunta al escrito de oposición era manifiestamente ilegible y no se adjuntaba copia ni original del acuse de recibo. Que por ello se solicitó por escrito de fecha 28 de junio de 2018. Que con posterioridad se notifica que no consta en el expediente la citada documentación por lo que la resolución de desestimación se ha basado en una copia ilegible y en un inexistente acuse de recibo por lo que no ha quedado acreditada la previa convocatoria. Que se solicita que se revoque la resolución, así como la entrega de los originales de acuse de recibo y justificante de correos y, a la vista del resultado, se estime la solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar. Pretende el recurrente que se anule el expediente por el que se desestima su solicitud de convocatoria de junta general ordinaria porque, a su juicio, se ha llevado a cabo en base a un ilegible certificado de remisión por correo y a un inexistente acuse de recibo.

En el Registro Mercantil constan depositadas las cuentas correspondientes al ejercicio 2016 en base a un certificado de junta general ordinaria celebrada en la fecha y en las condiciones que resultan de los hechos.

2. Esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha reiterado *(vide* resoluciones de 9 de marzo, 26 de mayo, 15 de junio de 2016, 30 de mayo y 18 de septiembre de 2017 y 7 de febrero de 2018), que el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de Junta General de sociedad de capital por el registrador mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo con las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (artículo 117 de la Constitución Española en relación con los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Consecuentemente, esta Dirección no puede entrar en el análisis de las afirmaciones que contiene el escrito de recurso y que hacen referencia a la eventual invalidez de la convocatoria de la junta por la que se aprobaron las

cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, cuentas que se encuentran depositadas en el Registro Mercantil en base al certificado de su aprobación realizada por la junta ordinaria de la sociedad.

De conformidad con lo establecido en el artículo 20 del Código de Comercio: «El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro se encuentran bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán todos sus efectos mientras no se inscriba la resolución judicial de su inexactitud o nulidad.».

En definitiva, constando de los asientos del Registro que la sociedad celebró junta ordinaria y que en su seno se llevó a cabo la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2016, dicha cuestión no puede ser objeto de análisis en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle. Lo que no puede pretender es que esta Dirección General asuma la defensa de su posición jurídica en un procedimiento, como el presente, limitado tanto por su materia como por sus medios de conocimiento.

3. Tampoco puede ser estimada la pretensión de que se anule la resolución de la registradora. La petición del recurrente no puede ser atendida habida cuenta que ni la resolución impugnada adolece de ninguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 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 48 del mismo cuerpo legal. Para que así hubiera sido habría sido preciso que resultara del expediente que el recurrente ha resultado privado de los derechos que la Ley le reconoce. Nada de esto resulta del expediente pues el solicitante ha ostentado la posición jurídica prevista por el ordenamiento y ha presentado la documentación y realizado las peticiones que ha tenido por conveniente. Cuestión distinta es que, como queda fundamentado más arriba, no quepa entrar en el estrecho ámbito de este expediente en la valoración de la convocatoria de junta que dio lugar al depósito de las cuentas en el Registro Mercantil, y sin perjuicio de que, como igualmente queda expresado, el interesado acuda al procedimiento judicial que tenga por conveniente.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Barcelona X, doña María Azucena Bullón Manzano, de fecha 6 de junio de 2018.

Lo 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, 24 de septiembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 24 de septiembre de 2018 (2.ª)

En el expediente 7/2018 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Altaham Properties, S.L.»

HECHOS

I

Don J.U.S., como administrador de la sociedad Fort Banus 2017 S.L., presentó un escrito de fecha 15 de mayo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, en el que tuvo su entrada el día 18 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 «Altaham Properties, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta:

a) Que mediante acta notarial autorizada por el notario de Marbella don José Ordóñez Cuadros en fecha 5 de febrero de 2018, el ahora solicitante y en el mismo concepto en que ahora actúa, requirió al notario a fin de que hiciese llegar a la sociedad la solicitud de convocatoria a celebrar en el domicilio social con el siguiente, resumido, orden del día: Aclaración sobre determinados ingresos por alquileres de locales de la sociedad. Explicación sobre el aumento de los gastos de explotación de la sociedad.

De diligencia hecha constar a continuación del requerimiento resulta que, tras dos intentos fallidos por encontrarse el local cerrado, en fecha 13 de marzo de 2018 el notario llevó a cabo lo solicitado en el domicilio social sin que la persona con quien la entendió se hiciera cargo de la cédula de notificación y requerimiento.

b) Acompañan la siguiente documentación:

– Testimonio notarial de copia de la escritura pública de fecha 19 de junio de 1996 autorizada por la notario de Marbella doña Amelia Bergillos Moretón por la que se elevan a públicos los acuerdos adoptados en la junta general de la sociedad Altaham Properties S.L. en fecha 10 de junio del mismo año y por el que se aumenta el capital en la cantidad de 25 millones de pesetas, suscribiendo la compañía de nacionalidad irlandesa Linacre

Tradin Ltd 4999 participaciones por su importe de 24.995.000 pesetas, adjudicándosele las nuevas participaciones números 101 al 5099.

– Testimonio notarial de copia de la escritura pública de fecha 9 de octubre de 1998 autorizada por el notario de Marbella don Álvaro E. Rodríguez Espinosa por la que se elevan a públicos los acuerdos adoptados en la junta general de la sociedad Altaham Properties S.L. en fecha 30 de septiembre del mismo año y por el que se aumenta el capital en la cantidad de 51.300.000 pesetas, suscribiéndolo íntegramente la compañía de nacionalidad irlandesa Linacre Tradin Ltd, adjudicándosele las nuevas participaciones números 5101 al 15360.

– Testimonio notarial de otro testimonio llevado a cabo por el notario de Gibraltar don Eric Charles Ellul en fecha 28 de noviembre de 2006 de la escritura (autorizada por el propio notario), de compraventa de participaciones sociales de la sociedad Altaham Properties S.L. de fecha 22 de noviembre de 2000 de la que resulta que la compañía Linacre Trading Ltd vende a la compañía Kingsbury Enterpraises Ltd (de nacionalidad estadounidense), las participaciones 1 al 5099 (aclarando que las participaciones del 1 al 100 las adquirió por compraventa), y las 5101 al 15360 de aquella sociedad. El documento se encuentra apostillado.

– Testimonio notarial de una diligencia notarial de identidad llevada a cabo por el mismo notario de Gibraltar. El documento testimoniado es un acta de junta de socios de la sociedad Kingsbury Enterpraises Ltd (traducida por traductor jurado), celebrada en Gibraltar el día 3 de octubre de 2006 en la que está presente P.B. representando a la sociedad Acquarius Management Services Ltd y J.D.H. representando a la sociedad Acquarius Company Secretaries Ltd. Del documento resulta que estando presentes la mayoría de socios se acuerda que renuncian a la convocatoria formal y se acuerda que las acciones (sic) de la sociedad Altaham Properties S.L. que son propiedad de la sociedad se repartan correspondiendo 5223 participaciones a la sociedad Fort 298 Ltd, domiciliada en Belice.

– Testimonio notarial del informe realizado por experto independiente para el traslado de domicilio de la anterior sociedad a España. Del informe resulta que en el balance constan participaciones de la sociedad Altaham Properties S.L. equivalentes al 34% de su capital social.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día expuesto y además conforme al artículo 223 de la Ley de Sociedades de Capital, el cambio de administrador.

b) Que designe como presidente de la Junta General a celebrar al solicitante don J.U.S. y secretario a don José Ordóñez Cuadros, notario de Marbella.

II

Previo traslado a la sociedad de la solicitud por parte del registrador mercantil, el representante de la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que no se cumplimentó el requerimiento notarial de conformidad con la previsión del artículo 202 del Reglamento Notarial pues ni se requirió a la administradora de la sociedad ni se remitió, ante el hecho de encontrarse el local cerrado, por correo certificado y todo ello de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de mayo de 2008. 2.º Que la sociedad solicitante carece de legitimación. Que como resulta de certificados que se acompañan la titularidad de la sociedad Kingsbury Enterprises Limited pertenece íntegramente a la administradora de la sociedad y a sus dos hijos por lo que resulta imposible que las participaciones de Altaham Properties S.L. que están integradas en su patrimonio hayan pasado

a propiedad de tercero. Que la sociedad que reclama la titularidad de las participaciones, Fort 298 Limited, actualmente Fort Banus 2017 S.L., no las ostenta. Que conforme a determinada resolución judicial recaída ante los Tribunales de Bélgica (copia de la cual se acompaña), la persona física que ostentaba dicha sociedad no acreditó título alguno sobre las participaciones de Altaham Properties S.L. Que la presunta junta general de la sociedad Kingsbury Enterprises Limited por la que se atribuían participaciones de la sociedad Altaham Properties S.L. no se llevó a cabo con presencia de su socia, la administradora de Altaham Properties S.L. Que de la documentación presentada no resulta quien firmó ni quien intervino en dicha supuesta junta. Que el documento presentado es un testimonio notarial hecho por notario de Gibraltar, pero del mismo no resulta que el original fuera auténtico ni válido Que además no consta que tal acuerdo, de haberse adoptado, haya sido ejecutado por lo que se carece de título de propiedad.»

Mediante escrito de fecha 18 de junio de 2018, la administradora única de Altaham Properties ratifica el contenido del anterior escrito.

III

El registrador mercantil de Málaga n.º 3, don José Miguel Crespo Monerri dictó resolución en fecha 3 de julio de 2018 por la que acordó estimar la oposición en cuanto al primer punto reseñado anteriormente y suspender el procedimiento al considerar que, no habiendo sido la administradora de la sociedad debidamente requerida, no ha transcurrido el plazo previsto en el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Doña J.E.L.P.V.L., administradora única de la sociedad Altaham Properties S.L., por escrito de fecha 16 de julio de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Málaga, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes, resumidamente, argumentos: «Que no puede admitirse la legitimación del solicitante. Que si bien la resolución del registrador entiende que la carga de la prueba recae en la sociedad y que el medio idóneo para rebatir la legitimación es el contenido del libro de socios, lo cierto es que la sociedad carece del como resulta que nunca se haya llevado a cabo la legalización de ningún libro registro de socios. Que sin perjuicio de lo anterior corresponde a la sociedad Fort Banus 2017 S.L. acreditar su condición de socio de la sociedad y, a falta de libro registro, debe hacerlo de acuerdo con las normas generales en materia de carga de la prueba. Que en base a lo anterior resulta que no consta por documento auténtico la supuesta junta general de la sociedad Kingsbury Enterpraises Limited celebrada el día 3 de octubre de 2006. Que la diligencia de cotejo notarial no acredita que el documento cotejado fuera original ni auténtico ni resulta quienes firmaron el acta. Que tampoco se acredita la ejecución de dicho acuerdo y la transmisión de las participaciones.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públi-

cas; 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 administrador único de la sociedad Fort Banus 2017 S.L. solicita del Registro Mercantil de Málaga acuerde la procedencia de la convocatoria de junta general de la sociedad Altaham Properties S.L., al no haber atendido la administración de esta el requerimiento notarial que se llevó a cabo de conformidad con el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital.

La sociedad se opone por dos motivos: porque el requerimiento notarial, ante el fracaso de llevar a cabo la diligencia de entrega de cédula con la persona de la administradora, debió remitirse por correo certificado y porque el solicitante no ha acreditado debidamente su condición de socio.

El registrador mercantil en su resolución acepta el primero de los motivos de oposición que no ha sido objeto de recurso por lo que ha devenido firme en vía administrativa. La sociedad recurre la resolución reafirmándose en su afirmación de que la sociedad solicitante no ha acreditado conforme a derecho su condición de socio.

2. En el ámbito del procedimiento previsto en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil –que ha de ser de aplicación a este expediente, como aclaró la Resolución de consulta sobre diversas cuestiones relativas a la convocatoria de junta general de socios por registradores mercantiles en el ámbito de los artículos 169 y 171 de la Ley de Sociedades de Capital, de 20 de noviembre de 2015–, esta Dirección tiene declarado *(vide* resoluciones de 29 y 30 de julio, 5 de agosto y 12 de septiembre de 2014 y 17 de abril de 2015, entra otras muchas en materia de auditores), que el solicitante debe acreditar su condición de socio así como que ostenta, en su caso, el porcentaje mínimo exigido legalmente para el ejercicio del derecho que reclama. La ausencia de rigor formal en la tramitación del expediente a que se refiere el Reglamento del Registro Mercantil 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–. Lo trascendente es que se acredite de modo suficiente la condición de socio.

Por el contrario, y en cuanto a la negación de la legitimación individual por parte de la sociedad, es necesario que se apoye en prueba o circunstancia que demuestre que el o los solicitantes no reúnen la condición de socio.

En definitiva, el socio debe acreditar de su condición y porcentaje si tal circunstancia no resulta del propio Registro por cualquier medio de prueba que se estime suficiente sin que sea preciso extremar un rigorismo formal en un expe-

diente caracterizado por lo contrario. Por su parte la sociedad, si opone la falta de legitimación del solicitante, debe acreditar igualmente y en la misma medida que carece de la condición de socio o, al menos, los motivos por los que considera que aquella condición no ha sido debidamente acreditada.

3. En el expediente que da lugar a la presente consta debidamente acreditado, por acompañarse testimonio notarial de escrituras públicas autorizadas por notario español, que determinada sociedad de nacionalidad irlandesa suscribió las participaciones 101 al 5099 y 5101 al 15360 de la sociedad Altaham Properties S.L. Consta igualmente acreditado que dicha sociedad vendió dichas participaciones, junto a las numeradas del 1 al 100, a la sociedad de nacionalidad estadounidense Kingsbury Properties Limited, por resultar así de testimonio o copia de escritura pública autorizada por un notario de Gibraltar cuya condición de notario resulta de apostilla emitida conforme a las previsiones del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961. La sociedad Altaham Properties S.L., no discute los hechos anteriores.

El solicitante aporta a continuación un testimonio de identidad emitido por el mismo notario de Gibraltar de un documento que se titula acta de junta de la sociedad Kingsbury Properties Limited, y del que resultaría el reparto (sic), de las participaciones de la sociedad Altaham Properties S.L. que le pertenecen resultando atribuidas a la sociedad Fort 298 Ltd, domiciliada en Belice, la cantidad de 5223 participaciones. Por último, aporta testimonio notarial del informe llevado a cabo por experto independiente a efecto del traslado a España de dicha sociedad con la denominación de Fort Banus 2017 S.L. En dicho informe se hace referencia a dichas participaciones como formando parte del activo de la sociedad. De este modo la sociedad solicitante considera acreditada su condición de socio de Altaham Properties S.L.

La sociedad Altaham Properties S.L. afirma que las participaciones de la sociedad Kingsbury Properties Limited, pertenecen a la administradora única y a sus dos hijos aportando certificados emitidos por un fiduciario domiciliado en Gibraltar, negando que se haya podido llevar a cabo la junta a que se refiere la solicitud y afirmando que, en cualquier caso, no resulta acreditada transmisión alguna de la propiedad de las citadas participaciones.

El registrador mercantil de Málaga considera acreditada la condición de socio de la sociedad Fort Banus S.L. afirmando que la sociedad Altaham Properties S.L. tendría que haber aportado el libro registro de socios para enervarlo.

4. Esta afirmación no puede ser respaldada por esta Dirección General. No puede acogerse el motivo de la resolución del registrador que exige la aportación del Libro-registro de socios del que resulte la ausencia de la condición de socio del solicitante. Como ha afirmado este Centro Directivo reiteradamente (Resoluciones de fechas 30 y 31 de mayo y 26 de junio de 2007 y 4 y 8 de noviembre de 2013 entre otras muchas), la condición de socio no sólo puede ser acreditada mediante una certificación expedida por el órgano de administración social ni mediante la inscripción en el libro registro de accio-

nes o participaciones, ya que, de ser así, se dejaría al arbitrio de una de las partes, la sociedad, el ejercicio de un derecho que la ley le atribuye a la otra, el socio minoritario. A contrario, no puede exigirse como único medio probatorio de la ausencia de la condición de socio el contenido del Libro-registro, precisamente porque su contenido no tiene porqué ser reflejo de la realidad.

5. Cuestión distinta es que la sociedad haya acreditado la falta de condición de socio de la sociedad solicitante por medios distintos al libro Registro de titularidad de participaciones.

La sociedad afirma que la titularidad de la sociedad Kingsbury Properties Ltd, de la que trae causa la solicitante, es de la administradora de la sociedad y de sus dos hijos lo que acredita, a su juicio, mediante la copia de unos certificados en idioma inglés emitidos en Gibraltar por un fiduciario (Gibraltar Trustee), estando firmado cada uno de ellos por dos personas identificadas como director (director) y secretario (secretary), sin indicación alguna de su identidad.

Sin perjuicio de lo que luego se dirá resulta con toda claridad que dichos documentos, de lo que se ignora su autoría, eficacia y validez no pueden servir de respaldo a la afirmación de la sociedad sin perjuicio del valor que puedan tener en un procedimiento judicial plenario en el que, de conformidad con las reglas de conocimiento y prueba legalmente establecidas, sean convenientemente valoradas por la autoridad judicial. Lo que no puede pretenderse es que en un procedimiento como el presente limitado por su objeto y medios de conocimiento se lleve a cabo una valoración de documentos privados extranjeros.

La misma valoración negativa tiene la pretensión de la sociedad de acreditar la ausencia de condición de socio en la persona de la sociedad solicitante al amparo del contenido de una sentencia extranjera para cuya eficacia en España existen procedimiento especiales de reconocimiento y eficacia *(vide* artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y disposición final vigesimoquinta de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que no procede siquiera que esta Dirección General se pronuncie al respecto habida cuenta de la ausencia de procedimiento de reconocimiento en los términos establecidos en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Establecido lo anterior, es sin embargo preciso estimar el recurso en cuanto a la pretensión de la sociedad recurrente de que no se tenga por acreditada la condición de socio de la solicitante porque de la documentación presentada con la solicitud inicial no se deriva tal condición.

Como resulta de la prolija exposición de hechos que se ha realizado al principio de la presente, la sociedad solicitante acredita debidamente la adquisición de participaciones sociales por parte de determinada sociedad irlandesa, así como la transmisión de dichas participaciones a la sociedad

Kingsbury Properties Ltd. Existe por tanto una debida acreditación de la cadena de transmisiones de las participaciones sociales derivada de los documentos públicos adjuntados.

Esta es una cuestión no discutida por la sociedad recurrente. Lo que es objeto de discusión es la acreditación de que esta última haya transmitido las participaciones de que era titular a la sociedad domiciliada en Belice y denominada Fort 298 Ltd, hoy por traslado a España, Fort Banus 2017 S.L.

El único documento que pretende justificar dicha transmisión es un testimonio de identidad emitido por notario de Gibraltar de un documento de acta de junta de la sociedad Kingsbury Properties Ltd del que se desconoce su autoría y autenticidad, así como la validez y eficacia de su contenido y por el que se afirma que determinadas participaciones de la sociedad Altaham Properties S.L., que son titularidad de aquella pasan a serlo de la sociedad Fort 298 Ltd.

Esta Dirección General tiene una dilatada doctrina en relación con el valor que los documentos meramente privados han de tener en el procedimiento contemplado en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

De acuerdo con dicha doctrina, 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 (sentencia 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 cumple 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.»

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.

Las mismas conclusiones pueden aplicarse a un supuesto como el presente en el que la mera aportación de un documento privado en el que se recogen determinados acuerdos sociales no pueden vincular a terceros como es la sociedad Altaham Properties S.L., y como lo es el registrador mercantil y esta propia Dirección General, máxime cuando como, en el caso presente, no existe conocimiento de su autoría, ni de su eficacia o validez conforme a la ley que resulte aplicable conforme a las normas de Derecho Internacional Privado. Además, como pone de relieve la recurrente, del documento aportado no se sigue transmisión alguna que justifique que las participaciones sociales que constaban en el patrimonio de la sociedad Kingsbury Properties Ltd han hecho tránsito al de la sociedad Fort 298 Ltd, resultando absolutamente insuficiente que otro documento privado, el informe realizado al amparo de la previsión del artículo 94 de la Ley 3/2009, de 3 de abril (cuya finalidad es la que resulta de dicho precepto y no otra), pretenda servir de cobertura jurídica para tal acreditación. No existe en el expediente acreditación de que se ha operado una transmisión de participaciones sociales desde un patrimonio a otro, ni el negocio jurídico en virtud del que se ha operado, ni el soporte documental en que se ha verificado la transmisión, ni constan datos que permitan

afirmar que dicha transmisión, de existir, puede ser objeto de oposición a terceros en términos tales que permitan tenerla por existente.

Es doctrina de esta Dirección General que en materia de legitimación del solicitante corresponde al registrador mercantil (artículo 351.2 del Reglamento del Registro Mercantil), y a esta Dirección General en instancia, valorar los documentos de los que resulte la legitimación del solicitante, así como que corresponde desestimar su solicitud si de los mismos no resulta debidamente justificada, incluso en los supuestos en los que no existe oposición de la sociedad.

En conclusión, no resultando de la documentación aportada por la sociedad solicitante acreditación suficiente de su condición de socio de la sociedad Altaham Properties S.L., no procede sino la estimación del recurso y la revocación de la resolución del registrador mercantil.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Málaga n.º 3, don José Miguel Crespo Monerri de fecha 3 de julio de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 septiembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Málaga.

Resolución de 23 de octubre de 2018

En el expediente 8/2018 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Tubercons, S.L.»

HECHOS

I

Doña A.M. y don A.M.E., presentaron un escrito de fecha 5 de junio de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día inmediato posterior, en el

que solicitaron, al amparo de los artículos 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de la mercantil «Tubercons, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta que mediante acta autorizada por la notaria de Carmona doña Margarita Casas Pimentel en fecha 5 de abril de 2018, los hoy solicitantes, junto con doña A.M.E.M. requirieron al administrador de la sociedad, como titulares de un porcentaje de participaciones superior al 5%, para que convoque junta general con el siguiente orden del día: 1. Análisis de la situación contable, bancaria y fiscal de la compañía. 2.º Análisis de la situación financiera y de los resultados de la compañía. 3.º Aprobación, si procede, de reparto de dividendos (en efectivo y a cuenta, artículo 277 Ley de Sociedades de Capital) entre los socios y, en su caso, la cuantía de dicho reparto. Asimismo, solicitan determinada información. Por diligencia de fecha 6 de abril de 2018, la notaria hace constar el cumplimiento de entrega de la cédula correspondiente a la persona señalada.

II

Previo traslado a la sociedad de la solicitud por parte del registrador mercantil, la administración de la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el requerimiento de los socios ha sido cumplimentado mediante la convocatoria de junta para el día 25 de junio de 2018 remitido por carta certificada con acuse de recibo a todos los socios el día 31 de mayo y en fecha 5 de junio mediante burofax a los socios hoy solicitantes, en cuyo orden del día, además de otras cuestiones, se recoge el contenido del requerimiento. Que la intención de la administración ha sido, con la intención de ahorrar costes, celebrar una sola junta de modo que al orden del día propio de la ordinaria se han añadido los puntos requeridos. Que se ha requerido la presencia de notario en la celebración de la junta general.

III

El registrador mercantil de Sevilla n.º 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 28 de junio de 2018 por la que acordó estimar la oposición y desestimar la solicitud del socio.

IV

Doña A.M. y don A.M.E., por escrito de fecha 2 de agosto de 2018, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Sevilla, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que el día 25 de junio de 2018 se celebró la junta general en cuyo orden del día se incluyó lo requerido por los solicitantes. Que no obstante la convocatoria realizada para el día 25 de junio no lo fue en plazo legal y estatutariamente previsto por cuanto de los estatutos sociales resulta que debe hacerse por medio de carta certificada con acuse de recibo expedidas con 20 días de antelación a la fecha de celebración. Que el propio administrador en su escrito de oposición decía que el día 31 de mayo fue remitida la convocatoria. Que el solicitante don A.M.E. no ha recibido carta alguna si bien es cierto que recibió el burofax expedido el día 5 de junio si bien con posterioridad. Que la junta no cumple con el plazo estatutariamente previsto. 2.º Que los solicitantes no han recibido la documentación e información requerida en el acta de fecha 5 de abril de 2018 por lo que requirieron de nuevo al administrador para que se

le entregara y sólo dos días antes de la junta se entregó parte de ella. Que entienden que la junta convocada y que llegó a celebrarse no ha cumplido los requisitos necesarios al no haber recibido la información solicitada. Que de aquí las irregularidades contables que se pusieron de manifiesto en la junta y que resultan del acta notarial.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar. Solicitada la convocatoria de junta y requerida la administración por conducto notarial, el órgano de administración convoca junta general en cuyo orden del día se incluyen las peticiones de los solicitantes como los recurrentes reconocen en su escrito de recurso. Igualmente reconocen que la junta general se celebró en el día en que por parte del administrador social se había llevado a cabo la convocatoria.

Los requirentes entienden que la convocatoria llevada a cabo por el administrador incumple la previsión de los estatutos sociales, pero de su propio escrito resulta lo contrario. Los estatutos sociales recogen la peculiaridad de que la convocatoria haya de realizarse por medio de carta certificada con acuse de recibo expedida con 20 días de antelación a la fecha de celebración.

La convocatoria fue remitida el día 31 de mayo por medio de correo certificado con acuse de recibo, fecha que resulta del escrito de oposición y que los recurrentes no discuten. En consecuencia, la previsión estatutaria ha sido efectivamente cumplida. Téngase en cuenta que lo relevante es la fecha de remisión y no la fecha de recepción que puede depender de factores muy diversos e, incluso, no llegar a producirse sin que por ello pierda validez la notificación realizada. Como resulta del artículo 176.2 de la Ley de Sociedades de Capital: «En los casos de convocatoria individual a cada socio, el plazo se computará a partir de la fecha en que hubiere sido remitido el anuncio al último de ellos.»

2. Por otro lado es preciso tener en cuenta cual es el objeto de este procedimiento. Esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha reiterado *(vide* resoluciones de 9 de marzo, 26 de mayo, 15 de junio de 2016, 30 de mayo y 18 de septiembre de 2017 y 7 de febrero de 2018), que el objeto de este expediente no reside en resolver las distintas cuestiones que la parte recurrente, ha puesto de manifiesto 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 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 (artículo 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 en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como ocurre con 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 el órgano de administración ha violentado o no el derecho de información de los socios. 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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla n.º 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 28 de junio de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 15 de noviembre de 2018

En el expediente 9/2018 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Ballisaray, S.L.»

HECHOS

I

Don J.B.B. presentó un escrito de fecha 9 de julio de 2018 así como otro de corrección de fecha 19 de julio, dirigido al Registro Mercantil de Murcia, en el que tuvo su entrada el día inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Ballisaray, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta que a la fecha de su solicitud no se ha convocado a la junta general para la aprobación de las cuentas del ejercicio 2017.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día que corresponda.

b) Que designe como presidente de la Junta General a celebrar a don H.P.M. y secretario a él mismo.

II

Previo traslado a la sociedad de la solicitud por parte del registrador mercantil, la administración de la sociedad, por medio de representante, presentó escrito en el que alegó: 1.º Que no se opone a la convocatoria de junta puesto que ya se había convocado para el día 7 de septiembre de 2018 en el domicilio social. 2.º Que se opone a la solicitud de que se designe como presidente y secretario al abogado del socio minoritario y a este mismo (3,8144% del capital social). Que en la actualidad existe un conflicto entre los dos únicos socios de la sociedad, casados entre si y en proceso de divorcio, siendo la administradora y socia mayoritaria doña M.B.V. quien detenta el resto del capital social. 3.º Que en consecuencia entiende que debe ser designada presidenta de la junta la administradora y socia mayoritaria, quien designará notario para que levante acta de la junta, y secretario el socio minoritario e instante del procedimiento.

Junto al escrito de alegaciones se acompaña, entre otros, copia del acta de remisión de documentos por correo autorizada por el notario de Murcia don Javier Alfonso López Vicent el día 23 de julio de 2018 por el que el representante de la administradora de la sociedad requiere al notario a fin de que haga entrega de la carta que contiene la convocatoria al socio que ha instado la presente.

III

El registrador mercantil de Murcia n.º 3, don Santiago Laborda Peñalver dictó resolución en fecha 22 de agosto de 2018 por la que acordó ratificar la convocatoria de junta general de la sociedad en los términos que resultan de la convocatoria contenida en el acta

notarial y designando como presidente a la administradora única doña M.B.V. y como secretario a don J.B.B.

IV

Don J.B.B., por escrito de fecha 28 de agosto de 2018, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Murcia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que el registrador confirma la convocatoria de junta que había llevado a cabo un procurador en nombre de la pretendida administradora en virtud de un poder a pleitos, cuyo contenido no ha trascendido, y en virtud de una carta sin autenticidad. Que el registrador ha dado por bueno el poder no sólo para firmar el requerimiento notarial sino también para dirigirse al propio registrador. 2.º Que resulta patente que al tiempo de su solicitud no estaba convocada la junta general pues la carta contenida en el requerimiento notarial no tenía fecha fehaciente hasta su incorporación a la misma.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Solicitada por un socio de sociedad de responsabilidad limitada la convocatoria de junta al amparo de lo establecido en el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador mercantil estima la solicitud en el sentido de ratificar la previa que había llevado a cabo la administración de la sociedad. El solicitante recurre la decisión por entender que siendo su solicitud previa la convocatoria debía llevarse a cabo necesariamente en base a la misma.

Con independencia de que esta última solicitud resulta de imposible cumplimiento habida cuenta de la fecha establecida para la celebración de la convocatoria y la fecha de la presente, lo cierto es que resulta del todo improcedente.

Establece el artículo 170.3 de la Ley de Sociedades de Capital lo siguiente: «Contra la resolución por la que se acuerde la convocatoria de la junta general no cabrá recurso alguno.» La dicción del precepto, que es anterior a la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria pero cuyo tenor confirma el artículo 119.5 de la propia Ley tiene un doble efecto: en primer lugar, procurar la ejecutividad inmediata del acuerdo a fin de que no se demore la celebración de una junta cuyos requisitos de convocatoria, en los términos de los artículos 168, 169.1 y 171 de la Ley de Sociedades de Capital, resultan acreditados. En segundo lugar, se evita una eventual impugnación para el caso de que, como en el presente supuesto, la resolución sea de fecha

posterior a la celebración de la junta y sin perjuicio de que, quien ostente legitimación, acuda a los Tribunales de Justicia si considera que la convocatoria acordada es contraria a derecho (artículos 204 y 206 de la Ley de Sociedades de Capital).

Es preciso puntualizar que la previsión del artículo 170.3 de la Ley de Sociedades de Capital no impide el ejercicio del derecho de recurso por causa de pedir basada en motivos de nulidad distintos de la propia resolución del registrador *(vide* artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la resolución de este Centro de fecha 25 de abril de 2016 en materia de convocatoria de junta). No obstante, ni siquiera en este supuesto la interposición del recurso implica per se la suspensión de los efectos de la resolución del registrador *(vide* artículo 108 de la propia Ley de procedimiento), quedando incólume, en su caso, la legitimación para solicitar la declaración judicial de nulidad de los acuerdos adoptados en los términos a que se ha hecho referencia anteriormente.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Murcia n.º 3, don Santiago Laborda Peñalver de fecha 22 de agosto de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su 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 noviembre de 2018.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Murcia.